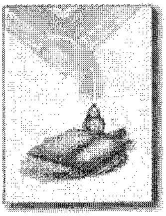
أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

تأليف الدكتور
عبد المنعم فارس سقا

دار النوادر



مشروع ١٠٠ رسالة جامعية سورية
٧

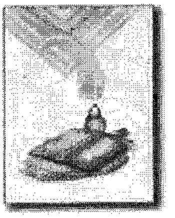
مشروع
١٠٠ رسالة جامعية سورية

٧

بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدم بها المؤلف للحصول على درجة الدكتوراه في كلية الشريعة/ قسم الفقه الإسلامي وأصوله في جامعة دمشق/ بإشراف الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، وتمت مناقشتها من قبل د. عبد العزيز حاجي، ود. حسن البغا، ود. حسان عوض، ود. صالح العلي، وحاز بها المؤلف درجة الدكتوراه برتبة امتياز وذلك في دمشق سنة ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م

الرسالة الجامعية وثيقة تمثل شخصية مؤلفها المنهجية والفكرية، وهو المسؤول الأول عن كل ما يرد فيها من قضايا علمية، وحفاظاً من دار النوادر على ذلك لم تتدخل فيما ترى من المناسب تغييره أو التعليق عليه، حرصاً منها على عدم الإخلال بهذه الوثيقة، أو إبرازها خارج صورتها الحقيقية.



مشروع
١٠٠ رسالة جامعية سورية

٧

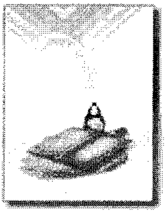
أحكام
الغائب والمفقود

جَمِيعُ الحُقُوقِ مَحْفُوظَة

الطَّبعَةُ الأُولَى
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

يُمنع طبع هذا الكتاب أو أي جزء منه بكافة طرق الطبع والتصوير والنقل والترجمة والتسجيل المرئي أو المسموع أو استخدامه حاسوبياً بكافة أنواع الاستخدام وغير ذلك من الحقوق الفكرية والمادية إلا بإذن خطي من الناشر

دار النوادر
لصاحبها ومديرها العام
نُورُ الدِّين طَالِب
سوريا - دمشق - ص . ب : ٣٤٣٠٦
لبنان - بيروت - ص . ب : ١٤/٥١٨٠
هاتف : ٠٠٩٦٣ ١١ ٢٢٢٧٠٠١ - فاكس : ٠٠٩٦٣ ١١ ٢٢٢٧٠١١
www.daralnawader.com



مشروع
١٠٠ رسالة جامعية سورية

٧

الإهداء

إلى من أمرني الله عز وجل بالإحسان إليهما والدعاء لهما .

والديَّ

إلى روح أستاذي ومعلمي الأول ـ رحمه الله ـ رجاء أن يكون هذا العمل في صحائفه .

والدي

إلى الغالية التي غمرتني بحنانها ، وساندتني بدعائها .

أمي

إلى التي غيبني هذا البحث طويلاً عنها ، فصبرت وأعانت .

زوجتي

إلى كل مبعد ومغيب وغائب لهدف نبيل ، إلى كل شهيد ومرابط ومجاهد ، إلى الدم الطاهر الزكي الذي يراق دفاعاً عن أمتنا صباح مساء ، ليكون ضريبة أمننا ...

أهدي بحثي هذا

شكر وتقدير

أتوجه بخالص الشكر والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، على تكرمه بالإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما أسداه إلي من نصائح قيمة، كان لها الأثر الواضح في إثراء البحث وتنظيمه، فجزاه الله عني خير الجزاء .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيد الأولين والآخرين، الرحمة المرسلة إلى العالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعه وسار على هديه إلى يوم الدين.

وبعد:

إن من فضل الله تعالى على عباده ولطفه بهم، أن شرع لهم من الأحكام ما به صلاحهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة، وذلك من خلال إنزاله الشرائع المختلفة التي ختمت بشريعة الإسلام.

ومن خصائص هذا الدين الحنيف الذي ارتضاه الله تعالى لنا ديناً أنه امتاز بعمومه لكل الناس وشموله لسائر حاجاتهم، فقد غطى بأحكامه كل ما يخص العباد في الحياة وبعد المعاد، ونظم أمورهم في البر والبحر، والسفر والحضر، والعسر واليسر، والحرية والأسر، والحرب والسلم، والصداقة والعداوة، والحضور والغياب، وكان في كل ذلك منسجماً مع الفطرة مستجيباً للمصلحة، مراعياً للحاجات، محققاً للحضارة ومستجيباً لتقدم الحياة، آخذاً بزمام المبادرة، مصطبغاً بروح الحكمة، متجنباً عوامل الإثارة، وتلاعب الأهواء، وردود الأفعال، نائياً عن العصبية محققاً للعدالة، وما ذاك إلا لأنه من رب العباد الذي لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء، ولا تغيب عنه أين تكمن المصلحة للعباد مهما خفيت في أي زمان أو مكان.

والناظر في أحكام الشريعة الإسلامية، يجد حرصها على تحقيق المصالح ودرء المفاسد، والمحافظة على الأنفس والحقوق والأموال في توازن دقيق ينظم أمور الناس وكل ما يواجههم في حياتهم اليومية ومعاملاتهم من مشاكل وقضايا.

وتعد الأحكام المتعلقة بالغائب والمفقود واحدة من تلك الجوانب الحياتية التي عالجها الإسلام وفصل فيها الأحكام، لتكون لبنة من لبنات الصرح الفقهي الإسلامي الشامخ، إذ تتناول تنظيم الشرع لهذه الحالة التي تمس شريحة كبيرة من الناس الذين يغادرون أوطانهم، طوعاً بقصد السياحة أو العلم أو العمل، أو قسراً تحت وطأة الإبعاد أو التهجير أو الأسر من محتل غاشم، أو هرباً بالعقيدة والفكر من سطوة ظالم، أو فراراً من جناية يخشون العقوبة عليها، وغير ذلك، وقد تبعد غيبة هؤلاء أو تقرب، ويحدث أن تصل أخبارهم أو تنقطع، أو تعلم حياتهم أو تجهل، مما يؤثر على كثير من الأحكام المتعلقة بالقضاء والمال والزوجة وغير ذلك.

وتأتي هذه الدراسة ـ بعون المولى عز وجل ـ لبيان تلك الأحكام، في محاولة أهدف من خلالها إلى تشكيل وحدة مستقلة جامعة لأحكام الغائب والمفقود تسهيلاً لمن أراد الرجوع إلى تلك الأحكام، مستعيناً بالله عز وجل على ذلك، سائلاً إياه العون والتوفيق للحق، والهدى إلى الصواب، إنه ولي التوفيق والسداد، وأكرم مسؤول وخير مجيب.

أهمية هذه الدراسة وأهدافها:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في الأمور الآتية:

١ ـ التعلق المباشر لهذه الدراسة بشريحة كبيرة من الناس في هذا العصر الذي

انتشرت فيه ظاهرة الهجرة والسفر للعمل أو الدراسة، وكثر فيه نشوب الحروب واندلاع الفتن الداخلية والخارجية.

٢ ـ الحاجة إلى سِفْر جامع لأحكام الغائب المتناثرة التي يصعب العثور عليها في أمهات الكتب الفقهية.

٣ ـ وتتضح أهمية البحث ـ إضافة لما سبق ـ من خلال إظهاره سعة وشمول الفقه الإسلامي الذي ينظم حياة الإنسان في مختلف حالاته، سواء أكان حاضراً أم غائباً، وبيانه للمكانة الرفيعة التي يتمتع الإنسان بها من خلال حمايته، والمحافظة على حقوقه وأمواله وعدم الاعتداء عليه وإن كان غائباً، بل إن مكانته السامية تتجلى بشكل أوضح من خلال تقدير حياته وإن كان مفقوداً وانقطعت أخباره، مما يحفظ عليه حقوقه وأمواله.

أما أهداف هذه الدراسة: فإن هذه الدراسة تهدف إلى:

١ ـ تحديد المفهوم الدقيق للغائب والمفقود، وبيان الجوامع المشتركة بينهما وتحديد الفوارق.

٢ ـ بيان أحكام الغائب بشكل عام، والتي قد يدخل المفقود في بعضها من جهة كونه غائباً، وإظهار أثر الغياب على أحكام القضاء والأحكام المالية وأحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بالغائب.

٣ ـ بيان الأحكام الخاصة بالمفقود، سواء منها ما كان متعلقاً به من جهة حياته وموته والمحافظة على حقوقه، أم تلك المتعلقة بالغير من زوجة وورثة، وإظهار أثر الفقدان على عقوده وتصرفاته المختلفة وما يترتب على عودته بعد الحكم بموته.

٤ ـ تخريج الأحكام التي لم تتعرض لها بعض المذاهب الفقهية بناءً على ما تقتضيه تلك المذاهب من خلال مسائلها الفقهية أو قواعد المذهب بشكل عام.

٥ ـ النظر في الأدلة الاجتهادية التي اعتمد الفقهاء عليها في ذلك الزمن وبيان مدى مناسبتها لعصرنا الراهن من خلال الدراسة والمقارنة التحليلية ما بين المذاهب الفقهية.

٦ ـ اقتراح بعض التعديلات على قانون الأحوال الشخصية السوري تلافياً للخلل، وتصويباً للخطأ، وترميماً للنقص.

الجهود السابقة:

لا تزعم هذه الدراسة الأسبقية المطلقة في هذا المجال بشكل عام، وأنها الأولى دون منازع، فقد بحث الفقهاء الأجلاء هذه المسائل في ثنايا كتبهم إنما بشكل متناثر في أبواب الفقه المختلفة، كأبواب القضاء، والشفعة، والوكالة، والفرائض، والنكاح، والطلاق، والنفقة، إلى ما هنالك من أبواب.

وثمة دراسات وكتابات حديثة تناولت مسائل من هذه الدراسة، غير أن هذا البحث يتميز عما سبقه من دراسات، أنه جمع بين الغائب والمفقود في سفر واحد وبطريقة مقارنة، كما يختلف عنها في طريقة العرض، والاستدلال والتحليل والمناقشة، ومحاولة التوفيق بين الأقوال المختلفة أو الأدلة، وتخريج الأحكام التي لم يتناولها فقهاء المذاهب بالبحث، كما يتميز هذا البحث عن سواه ـ ممن تناول هذه المسائل ـ بعدم اقتصاره في المقارنة على المذاهب الأربعة وحسب، بل تجاوز ذلك إلى البحث والمقارنة في كثير من مسائله مع الظاهرية، والزيدية، والشيعة الإمامية والجعفرية، والإباضية.

ولذلك فإن هذا البحث كان بحمد الله وتوفيقه جديداً من جهة البناء والتنظيم، من خلال دراسة الغائب والمفقود في آن واحد، ومن جهة الموضوع، من خلال طريقة العرض واستقصاء الأدلة والمناقشة وتخريج الأحكام.

ومن أهم الدراسات الحديثة التي استطعت الاطلاع عليها في هذا الموضوع:

١ - أحكام المفقود لمحمد رجاء عبد العزيز الطويل، وهي رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق في جامعة القاهرة، وقد جاء البحث الفقهي في هذه الرسالة عائماً في لغة مفككة جداً، وقد ركز الباحث عمله على الجانب القانوني بشكل عام، فتحدث على سبيل المثال عن جريمة المفقود، وعن مراحل التحقيق الابتدائي والنهائي، وتناول تأثير الوفاة الحكمية على الدعاوى المدنية والجنائية، وبحث في الحكم الغيابي.

كما تحدث الباحث أيضاً عن مركز المفقود من شركاته، وتناول في بحثه المفقود متعدد الجنسيات وكيفية الحكم بموته، وغير ذلك.

ويؤخذ على هذه الدراسة أن الباحث خلط فيها في بعض الأحيان بين الغائب والمفقود وهذا يتجلى واضحاً، من خلال بحثه لجريمة المفقود، ويؤخذ عليه أيضاً أن تناوله عرضاً واستدلالاً - بشكل عام - كان سطحياً دون مناقشة دقيقة في كثير من الأحيان.

٢ - أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، للدكتور عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، وهو كتاب مطبوع، وقد جاء في شكل دراسة موجزة مبسطة، ويؤخذ على هذه الدراسة الاختصار في الأدلة، وعدم الاستقصاء في البحث بشكل عام، وعدم التعمق بالمناقشة، بل وعدم المناقشة في كثير من الأحيان، وقد يشفع لذلك أن هذا الكتاب أعد كمرجع لغير المختصين.

٣ - الأحكام الخاصة بالمفقود، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، للدكتور علي سيد حسن، وهي دراسة جيدة، غير أن الجانب الفقهي جاء فيها مختصراً جداً على حساب التوسع في الجانب القانوني، ويسجل لهذه الدراسة مقارنتها مع القانون المصري والقانون

الفرنسي في مختلف مراحل تطوره، مما أظهر التقدم الكبير للفقه الإسلامي على القوانين الوضعية وعلى أكثرها تقدماً.

٤ ـ تفصيل الكلام في أحكام الأسرى والمحبوسين والمفقودين في الإسلام، للشيخ علي الشربجي، وقد جاء الحديث عن المفقود في هذا الكتاب في حوالي ثلاثين صحيفة بشكل مختصر مبسط، وقد تناول الشيخ في هذا الكتاب أهم الأحكام المتعلقة بالمفقود، ولم يتعرض لبيان الآثار المترتبة على ظهوره حياً بعد الحكم بموته.

٥ ـ زوجة الغائب، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية، للدكتور: محمد عبد الرحيم محمد، وقد تناولت هذه الدراسة الأحكام المتعلقة بالفرقة بسبب الغيبة المنقطعة وغير المنقطعة، والآثار المترتبة على ذلك، وتطرقت بإجمال إلى حكم نفقة الزوجة وأثر عودة الغائب بعد الحكم بموته وزواج امرأته، وقد جاءت هذه الدراسة مجملة الأحكام في الفقه الإسلامي نتيجة مقارنة المؤلف لأحكام زوجة الغائب بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية إضافة إلى مقارنة ذلك كله مع القوانين الوضعية، وقد تناول المؤلف في هذا الكتاب أيضاً الحديث عن الطوائف المسيحية واليهودية المختلفة.

٦ ـ العديد من المؤلفات التي بحثت في أحكام الأحوال الشخصية، ككتاب شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للأستاذ الدكتور مصطفى السباعي ـ رحمه الله ـ، وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني، وكتاب الأحوال الشخصية، للأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي، وكتاب الفقه الإسلامي وأدلته، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وغيرها من الكتب والمؤلفات الحديثة التي تناولت الأحكام والمسائل المتعلقة بالغائب والمفقود بشكل متناثر.

منهج البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي، إضافة إلى المنهج الاستنتاجي في العديد من المواضع التي لم يتناولها الفقهاء بالبحث، مما دعاني إلى تخريج تلك الأحكام إما على القواعد الشرعية العامة، أو بناءً على ما تقتضيه قواعد المذاهب الفقهية، كل على حدة في حال عدم تناول المذاهب لبعض القضايا بشكل مباشر، وقد عرضت المسائل الفقهية واحدة تلو أخرى بعد ذكر التعريفات في معظم الأحيان، وكنت أتبع ذلك بتفصيل الدراسة في المسألة فأحرر محل النزاع في حال وجوده، وأذكر الأقوال الفقهية والأدلة ثم أقوم بمناقشة الأدلة لأصل أخيراً إلى بيان رأيي باختيار القول الراجح في أكثر المسائل المدروسة، مبيناً سبب اختياري دون تعصب لأي مذهب، مستعيناً بالله على ذلك.

ولابد من ذكر أهم النقاط التي اتبعتها كتابة هذه الرسالة:

١ ـ التزمت الرجوع في أقوال الفقهاء إلى الكتب المعتمدة في كل مذهب أولاً، فإن لم أجد مطلبي انتقلت إلى الكتب غير المعتمدة، وقد توخيت الدقة في عزو الآراء لقائليها، ولم آخذ أقوال كل مذهب إلا من كتبه، فإن فعلت أشرت إلى ذلك في الحاشية.

٢ ـ لم أقتصر في كثير من المسائل على المذاهب الأربعة، بل تجاوزت ذلك إلى البحث في أقوال المذاهب الأخرى كالظاهرية والزيدية والشيعة الإمامية والجعفرية والإباضية، وقارنت ذلك بالقانون السوري والمصري في كثير من الأحيان.

٣ ـ في حال النقل الحرفي كنت أضع النص المنقول بين قوسين صغيرين؛ وذلك تمييزاً له عن غيره.

٤ ـ أوردت في الاستدلال للمذاهب الأدلة من القرآن الكريم والسنة، والآثار، والإجماع، والمعقول، والقياس، وحيث ذكرت الآيات والأحاديث رجعت

إلى كتب التفسير وشروح الحديث؛ بهدف بيان وجه الاستدلال بها.

٥ـ في تخريج الأحاديث اقتصرت غالباً على تخريج الحديث من صحيح البخاري ومسلم في حال وجوده فيهما دون استقصاء التخريج من بقية الكتب، وكنت أذكر اسم الكتاب والباب ورقم الحديث فقط، دون ذكر للجزء والصفحة، إلا في حال عدم وجود رقم للحديث.

٦ـ عرفت بالأعلام القدامى، ممن ورد اسمه في المتن عند وروده لأول مرة.

٧ـ جعلت في آخر البحث خلاصة تتضمن أهم النتائج والمقترحات، وختمت البحث بفهارس عامة للآيات الكريمة والأحاديث الشريفة، والآثار، والأعلام الذين عرفت بهم ومفردات البحث وموضوعاته.

وكان من أهم الصعوبات التي واجهتها في هذه الأطروحة، ضيق الوقت في مقابل الفروع الكثيرة جداً المتعلقة بهذا الموضوع، وقد حاولت جاهداً استيعابها بالبحث مما استغرق وقتاً وجهداً إضافياً. سيما وأنني لم اقتصر في المقارنة على المذاهب الأربعة وحسب، بل تجاوزت ذلك في كثير من النقاط إلى البحث والمقارنة مع الظاهرية، والزيدية والإمامية والجعفرية، والإباضية، إضافة إلى القانونين السوري والمصري.

وقد جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

يتألف هذا البحث من تمهيد وبابين وخاتمة، عرفت في التمهيد الغائب والمفقود وذكرت أقسامهما والفرق بينهما في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية، ثم بدأت بالباب الأول وسميته: **أحكام الغائب في الفقه الإسلامي**، وقسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول.

عرضت في **الفصل الأول: أحكام القضاء المتعلقة بالغائب**، وفيه ثلاثة مباحث. المبحث الأول: القضاء على الغائب. المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالقضاء على الغائب. المبحث الثالث: الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له.

ثم انتقلت إلى **الفصل الثاني** وبحثت فيه: **أحكام الغائب المتعلقة بالأحوال الشخصية.** في ثلاثة مباحث، المبحث الأول: أحكام الغائب المتعلقة بالنكاح. المبحث الثاني: طلاق الغائب. المبحث الثالث: التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج.

ثم شرعت في **الفصل الثالث** وبينت فيه: **الأحكام المالية المتعلقة بالغائب.** في أربعة مباحث، المبحث الأول: أحكام الغائب المتعلقة بالوكالة. المبحث الثاني: التصرف في مال الغائب وإدارة أمواله. المبحث الثالث: الإنفاق من مال الغائب. المبحث الرابع: حكم الشفعة الواجبة للغائب.

أما **الباب الثاني** فقد سميته: **أحكام المفقود في الفقه الإسلامي**، ويتألف من تمهيد وأربعة فصول، عرضت في التمهيد للجامع المشترك في الأحكام بين الغائب والمفقود بشكل مختصر.

وبحثت في الفصل الأول: **حكم المفقود من جهة الحياة أو الموت في** مبحثين: بينت في المبحث الأول متى يحكم ب المفقود في الفقه الإسلامي والقانون؟ وفي المبحث الثاني: متى يحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والقانون؟

وتناولت في **الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.** في مبحثين: المبحث الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته. المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته.

أما **الفصل الثالث** فخصصته لعرض: **الأحكام المتعلقة بأموال المفقود.** وفيه ثلاثة مباحث: المبحث الأول: التصرف في مال المفقود وأثر الفقدان على عقوده المالية. المبحث الثاني: الإنفاق من مال المفقود. المبحث الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث والوصية.

وبسطت القول أخيراً في **الفصل الرابع**: في حكم **ظهور المفقود وأثر ذلك على زوجته وأمواله**، وذلك في مبحثين، بينت في المبحث الأول: حكم

عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على زوجته، وجعلت المبحث الثاني: لبيان حكم عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على أمواله.

وقد ضمنت الخاتمة أخيراً التي أهم التنائج التي استخلصتها إضافة إلى المقترحات.

وفي الختام:

لقد كان من عظيم فضل الله تبارك وتعالى علي أن هيأ الأسباب لي لأكون من تعداد القلة النادرين الذين يشرف عليهم الأستاذ الجليل الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، فقد تفضل بالإشراف عل هذه الأطروحة بعد إشرافه عليّ أيضاً في رسالة الماجستير، مع كثرة أعبائه ومسؤولياته وانشغاله بالمهمات العظام، لا على المستوى الفردي أو الداخلي وحسب، بل على مستوى الأمة ولذلك أرفع إلى فضيلته الشكر الجزيل وألتمس منه العذر على المشقة التي سببتها له وأسأل الله العظيم أن يجزل له المثوبة والأجر عني وعن سائر المسلمين، لما أمدني بزاد عظيم من دقيق ملاحظاته وتوجيهاته التي قومت كثيراً من الاعوجاج الذي أصاب بحثي، وصوبت كثيراً من الأخطاء لتخرج هذه الرسالة على هذه الصورة.

ولا يفوتني أيضاً أن أتوجه بالشكر الجزيل لكل من كانت له يداً بيضاء علي، ولكل من أمدني بعون مادي أو معنوي.

وأخيراً أسأل الله تعالى أن يسدد خطاي لما فيه رضاه، وأن يوفقني لما فيه الصواب، وعلى الله توكلي واعتمادي وإليه أمري ومعادي، والحمد لله رب العالمين.

عبد المنعم فارس سقا

١/ رمضان/ ١٤٢٥هـ.

١٥/ ١٠/ ٢٠٠٤م.

❑ ❑ ❑

التمهيد

النقطة الأولـى

تعريف الغائب وأقسامه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

أولا ـ تعريف الغائب:

أ ـ الغائب في اللغـة:

الغائب: اسم فاعل من غاب يغيب بمعنى: بان وبعد عن المكان، والمصدر غيب، وجمع الغائب: غيب وغياب وغائبون(1).

ويطلق الغيب في اللغة على عدة معان منها: كل من غاب عنك(2)، ومنه قولـه تعالى: ﴿يُؤْمِنُونَ بِٱلْغَيْبِ﴾[البقرة: ٣]، أي: يؤمنون بما غاب عنهم مما أخبرهم به النبي ﷺ من أمر البعث والجنة والنار.

ويقال أيضا: غيابة الجب، أي قعره(3)، ويطلق الغيب أيضا على كل ما غاب عن العيون وإن كان محصلا في القلوب.

ومنها أيضا كما جاء في لسان العرب: غاب الرجل غيبا ومغيبا، وتغيب: سافر.

ب ـ الغائب في الاصطلاح:

يعتمد المعنى الاصطلاحي للغـائب على المعنى اللغوي، فالغـائب عنـد

---

(1) مختار الصحاح للرازي، مادة: غيب. القاموس المحيط لفيروز آبادي، مادة: غيب، باب الباء، فصل الغين.

(2) لسان العرب لابن منظور، مادة: غيب.

(3) الصحاح للجوهري، مادة: غيب، باب الباء، فصل الغين. وينظر المعجم الوسيط، مادة: غيب. والمصباح المنير للرافعي، مادة: غيب.

الفقهاء من حيث المبدأ: هو كل من غاب عن النظر، وهو إحدى المعاني اللغوية، وهذا القدر من التعريف لا خلاف فيه بين الفقهاء.

إلا أنهم اختلفوا في الضابط الذي يعد الإنسان غائبا بناء عليه: فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغائب يشمل من غاب عن النظر، سواء أعلم موضعه وخبره وأتى كتابه، أم فقد وانقطع خبره ولم يعلم موضعه[١]، واشترط أكثرهم أن يكون بعيدا لمسافة معينة اختلفوا في تقديرها.

وخالف المالكية فقالوا: إن الغائب في اصطلاح الفقهاء: «هو من علم موضعه»[٢]، وذلك في معرض حديثهم عن الفرق بين الغائب والمفقود، وذهبوا إلى أن المفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء؛ لأن المفقود عندهم هو الشخص الذي لم يعلم موضعه.

هذا أوضح ما نص الفقهاء عليه في تمييز الغائب عن غيره، ويمكن أن يستشف التعريف أيضا من ثنايا المسائل الفقهية التي تذكر أقسام الغائب، أو حد الغيبة التي يبنى الحكم عليها في أبواب الفقه المختلفة.

ففي مسألة القضاء على الغائب ـ مثلا ـ رأى الحنفية[٣] أن الغائب على قسمين:

غائب عن مجلس الحكم حاضر في البلد، أو غائب عن البلد، وكلاهما لا يجوز القضاء عليه عندهم.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٢٣. معين الحكام للطرابلسي: ٥٩. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٩٠. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٧. حاشية البجيرمي: ٤/ ١١٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١١٨.

(٣) معين الحكام للطرابلسي: ٥٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٢٣.

واشترط المالكية[١]: أن يبعد الغائب عن بلده مسيرة عشرة أيام فأكثر مع الأمن، أو يومين فأكثر مع الخوف كي يعد غائبا، وإلا فهو في حكم الحاضر.

ورأى الشافعية[٢] في بعض أقوالهم أن الغائب الذي تسمع بينته ويحكم عليه بموجبها هو الكائن بمسافة بعيدة، وحددت هذه المسافة في بعض الأقوال بمسافة القصر، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[٣].

وتوسع الظاهرية فقالوا: إن كل من لم يحضر مجلس الحاكم فهو غائب عنه، ولو كان في رحبة باب دار الحاكم[٤].

وهم بذلك يتفقون مع الحنفية في هذه المسألة في بيان حد الغائب، ويخالفونهم في جواز الحكم عليه، وسيرد تفصيل ذلك في موضعه بعونه تعالى.

مما تقدم يظهر أن تعريف الظاهرية والحنفية في هذه المسألة أعم من تعريف الجمهور فكلا التعريفين يجتمعان في الغائب غيبة بعيدة، فيعد غائبا عند الجميع، وينفرد الحنفية والظاهرية عن الجمهور بالقول: إن الحاضر بالبلد الغائب عن مجلس الحكم يعد غائبا عندهم.

وهذا القول لا يسري بشكل مضطرد على بقية المسائل الفقهية، ففي مسألة غيبة الولي مثلا نجد أن الحنفية يشترطون لانتقال الولاية من الولي الأقرب الغائب إلى الولي الأبعد الحاضر أن يغيب الولي الأقرب مسافة القصر، وهذا هو حد الغيبة البعيدة عندهم[٥].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢.

(٤) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٥.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١.

التعريف المختار للغائب:

الغائب: هو من غادر موطنه وأهله، أو ترك مكان إقامته وعمله لأي سبب كان ولم يعد إليه، بحيث تعذر عليه تدبير شؤونه أو إدارة أمواله والإشراف عليها، سواء أكانت حياته وأخباره معلومة أم مجهولة.

وهذا التعريف يشمل مختلف أنواع الغياب، فهو يشمل المفقود الذي لا تعلم حياته أو وفاته، وكذلك يشمل من كانت حياته محققة، ولكن تعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه نظرا لبعده عن وطنه أو مكان عمله.

ج ـ تعريف الغائب في القوانين الوضعية:

عرف بعض القانونيين الغائب بأنه: «الشخص الذي غاب عن موطنه، ولكن حياته محققة لا يقوم حولها الشك»(١).

غير أن قانون الأحوال الشخصية السوري كان له رأي آخر، فقد ألحق الغائب بالمفقود، وذلك في المادة /٢٠٣/ منه والتي تنص على ما يأتي:

«يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره»(٢).

أما المادة /٢٠٢/ من هذا القانون فقد نصت على أن من كانت حياته محققة ولا يعرف له مكان، هو نوع من أنواع المفقود، مع أن هذه الحالة تنطبق على الغائب عينه، مما يدل على اضطراب القانون في هذه المسألة.

---

(١) المدخل إلى علم القانون للقاسم: ٣٠٩.

(٢) أحكام الأهلية والوصية للسباعي: ٣٨. الأحوال الشخصية للكردي: ٣٢٢ ـ ٣٩٥.

ويعرف الغائب في الفقه الحديث من القانون المصري بأنه: «من ترك وطنه راضيا أو مرغما، واستحال عليه إدارة شؤونه بنفسه، أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه، مما يترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، ويستوي في ذلك أن تكون حياته محققة أم غير محققة»[١].

وهذا التعريف يشمل من لم تعلم حياته أو وفاته ـ وهو المفقود ـ كما يشمل أيضا من كانت حياته محققة، ولكن حال بعده عن وطنه دون مباشرة شؤونه أو الإشراف عليها.

أما القانون الفرنسي، فقد عرف الغائب بأنه: «الشخص الذي يختفي عن موطنه دون أن نعلم شيئا من أخباره، بحيث لا يدرى أميت هو أم حي»[٢].

وهذا التعريف لا يشمل إلا قسما من أقسام الغائبين، وهو ذاك الذي يندرج تحت اصطلاح المفقود.

ثم تطور القانون الفرنسي، فرأى أن الغائب لا ينصرف إلا إلى الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يغلب عليها السلامة، إلا أنه لم يحرز بذلك تقدما؛ لأنه لم يدخل في التعريف من كانت حياته محققة، بل إن الفقه والقضاء في فرنسا استقرا على عدم جواز تطبيق الأحكام التي وردت في شأن الغائبين على من كانت حياتهم محققة، ولكن يستحيل عليهم مباشرة شؤونهم نظرا لكونهم خارج الأراضي الفرنسية، ولذلك صدر قانون خاص لرعاية مصالح الغائبين وإدارة أموالهم، وقصد بهم هنا الأشخاص الذين تحول بينهم وبين إدارة

---

(١) قانون الولاية على المال مادة رقم: ٧٤ ـ ٧٥. وينظر: أيضا المادة رقم /٧/ من القانون ٢٥ لعام ١٩٢٠. أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٣٦. مبادىء القانون ليحيى: ٢٣٨.

(٢) الأحكام الخاصة بالمفقود سيد حسن: ٢١ ـ ٢٥.

شؤونهم ظروف اضطرارية ناجمة عن بعدهم عن موطنهم[١].

فمفهوم الغائب في القانون الفرنسي مختلط مع المفقود، ومع أن القانون الفرنسي حاول التفرقة في تعديلاته الحديثة بيد أنه لم يفلح، والدليل على ذلك ما نص عليه من قوانين خاصة تسير أمور من كانوا خارج فرنسا، وهذه القوانين لا تطبق على ما اصطلح عليه القانون بالغائب.

ثانيا ـ أقسام الغائب في الفقه الإسلامي:

لم يعتمد الفقهاء تقسيما محددا للغائب تسري عليه الأحكام الفقهية في مختلف الفروع، إنما تظهر هذه الأقسام من خلال المسائل الفقهية المتناثرة، فقد تعددت التقسيمات، واختلفوا فيها ما بين مسألة وأخرى، بل اختلفوا أحيانا كثيرة في المسألة الواحدة.

ومن أوضح تقسيمات الغائب ما يظهر عند الحنابلة، فالغائب عندهم قسمان:

أ ـ غائب غيبته غير منقطعة: وهو الشخص الذي يعرف خبره ويأتي كتابه.

ب ـ غائب غيبته منقطعة: وهو الشخص الذي يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع[٢].

وهذا ما سار عليه الشافعية في تقسيمهم أيضا، إلا أنهم لم يشترطوا في القسم الثاني جهل الموضع، إنما اكتفوا بجهل حاله حتى يتوهم موته[٣].

---

(١) المرجع السابق: ٣٠.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٨/ ٤٠٠.

فالتقسيم السابق يظهر أن الغائب يقسم إلى غائب معلوم الحياة، وإلى غائب مجهول الحياة مقطوع الخبر، وهو المفقود.

وثمة تقسيمات أخرى للغائب تختلف تبعا لاختلاف المسائل، أذكر منها المسائل الآتية:

١ـ مسألة القضاء على الغائب:

تعددت الأقوال عند الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

أ ـ **الحنفية والظاهرية**[١]: يقسم الغائب عندهم إلى قسمين:

١ ـ الغائب عن مجلس الحكم.

٢ ـ الغائب عن البلد مطلقا.

ب ـ **المالكية**[٢]: وقد قسموا الغائب إلى ثلاثة أقسام حسب المسافة:

١ ـ **غائب قريب الغيبة:** وهو الغائب الذي يبعد عن موطنه مسافة يوم إلى ثلاثة أيام مع الأمن.

٢ ـ **غائب متوسط الغيبة:** وهو البعيد عن موطنه مسافة عشرة أيام ونحوها مع الأمن، أو يومان مع الخوف.

٣ـ **غائب منقطع الغيبة:** وهو الغائب في بلدة بعيدة جدا كالقيروان، وموضع الحكم أو الموطن في المدينة ونحوها، وقدرها بعض المالكية بمسافة أربعة أشهر[٣].

---

(١) فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣٠٨. معين الحكام للطرابلسي: ٥٩. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢ ـ ١٦٣. وينظر: شرح ميارة للفاسي: ٢/ ٢٨.

(٣) فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٣٠١.

ج ـ **الشافعية والحنابلة:** ذهب جمهور الشافعية[١]، وبعض الحنابلة[٢]، إلى أن الغائب قسم واحد، إلا أن الشافعية لم يجيزوا الحكم على الغائب، إلا إذا كان قد خرج من مكان إقامته مبكرا، ولم يتمكن من العودة إليه في أول الليل.

أما بعض الشافعية[٣]، والحنابلة[٤] في قولهم المعتمد، فقد اشترطوا أن يبعد الغائب مسافة القصر.

٢ـ مسألة التفريق بين الزوجين للضرر بتغيب الزوج:

لم يتعرض الفقهاء في هذه المسألة للمسافة، إنما كان اختلافهم بناء على سبب الغيبة ومدتها:

فذهب الحنفية والشافعية والظاهرية[٥] إلى عدم جواز التفريق بسبب الغياب مطلقا، ولم يفرقوا بين غيبة وأخرى، سواء أطالت مدتها أم قصرت.

وذهب المالكية إلى القول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها الطويل، وهذا يفيد أنهم يفرقون بين الغياب القصير والغياب الطويل[٦].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. وينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٦.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٤٤.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠. وينظر: مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٢٧.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. وينظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. الأم للشافعي: ٨/ ٣٣٠. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٢٧.

(٦) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. وينظر: المدونة الكبرى: ٢/ ٣٤٧.

أما الحنابلة، فقد فرقوا بين حالتين(١):

١ ـ أن تكون غيبة الزوج لعذر، ولو طالت مدة الغياب.

٢ ـ أن تكون غيبة الزوج لغير عذر، فيملك القاضي أن يفرق بين الغائب وزوجته في الحالة الثانية دون الأولى.

٣ ـ مسألة غيبة الولي التي يجوز للأبعد التزويج بسببها:

اختلف الفقهاء في تقسيمهم للغائب في هذه المسألة، وذلك تبعا لاختلافهم في حد الغيبة، على الأقوال الآتية:

١ ـ الحنفية والشافعية والحنابلة: الغائب عندهم في هذه المسألة قسم واحد، إلا أنهم اختلفوا في بيان حد الغيبة:

فذهب الحنفية(٢) ـ في المفتى به عندهم ـ والشافعية(٣)والحنابلة(٤)، إلى أن حد الغيبة أن يغيب الولي مسافة تفوق مسافة القصر.

وحددها صاحب المبسوط بأن يغيب الولي مسافة، لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه لفات الكفء الذي حضر، وقال: «هذا هو الأصح»(٥).

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢. وينظر: المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ١٢٧. العناية شرح الهداية للبابرتي: ١٠/ ٤٠٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ١٠.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧. وينظر: الإقناع للشربيني: ٢/ ٤١٢. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣١٦.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٥. وينظر: المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٤٠.

(٥) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٢.

ورأى بعض الحنفية أن حد الغيبة المنقطعة: أن يكون الولي جوالا من موضع إلى موضع، فلا يوقف له على أثره، أو أن يكون مفقودا لا يعرف خبره، وقيل غير ذلك[1].

وذهب الشافعية في أحد أقوالهم، إلى أنه إن كان دون مسافة القصر فإنه يعد غائبا؛ لأن استئذانه متعذر، فحكمه حكم المسافر في سفر بعيد[2]، وقيل غير ذلك.

٢ ـ **المالكية**: فرق فقهاء المالكية بين قسمين[3]:

أ ـ **غياب الولي المجبر**، وهو قسمان:

١ ـ الولي الغائب غيبة قريبة: وحد هذه الغيبة يقدر بغيابه لعشرة أيام.

٢ ـ الولي الغائب غيبة بعيدة: وحدها أن يكون بعيدا جدا، كأن يكون في إفريقيا، إذا لم يرج قدومه بسرعة.

ب ـ **غياب الولي الأقرب غير المجبر**، وهذا قسمان أيضا:

١ ـ الولي الأقرب الغائب غيبة بعيدة: وهي مقدرة بغيابه عن بلد المرأة ثلاث ليال ونحوها.

٢ ـ الولي الأقرب الغائب غيبة قريبة: وهي مقدرة بغيابه عن بلد المرأة يومين أو ثلاثة.

وبعد استعراض بعض التقسيمات للغائب في بعض المسائل الفقهية يمكن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧. الإقناع للشربيني: ٢/ ٤١٢. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣١٦.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩. وينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٨٦.

القول: إن هذه التقسيمات إنما كانت تبنى في كل مسألة على علة خاصة.

ففي حين بنيت هذه التقسيمات في مسألة القضاء على الغائب على إمكان حضوره وعلمه بالدعوى، فقد بنيت في مسألة التفريق بين الزوجين للضرر بغياب الزوج على سبب هذه الغيبة، هل كان بعذر أم بدون عذر، أما في المسألة الأخيرة ـ وهي مسألة غياب الولي ـ فقد بنيت على النظر بما يحقق مصلحة من هي تحت الولاية بتزويجها من الكفء.

❑ ❑ ❑

النقطة الثانية

تعريف المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

أولا ـ تعريف المفقود:

أ ـ المفقود في اللغة:

المفقود من الفقد، والفقد: هو العدم والضياع والغياب، ويقال: فقد الشيء: يعني عدمه، أو أضاعه، أو غاب عنه[(١)]، وفقدت الشيء: إذا طلبته فلم تجده، ومن ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ﴾[يوسف: ٧٢]، أي: طلبناه فلم نجده، فقد عدم[(٢)].

ويقال: فقدت الشيء، أي: طلبته، وأفقده فقدا وفقدانا، وتفقده، أي: طلبه عند غيبته.

وهو من أسماء الأضداد في اللغة، يقول الرجل: فقدت الشيء، أي: أضللته، وفقدته، أي: طلبته، وكلا المعنيين يتحقق في المفقود؛ فقد ضل عن أهله وهم في طلبه[(٣)].

ب ـ تعريف المفقود شرعا:

عرف الفقهاء المفقود تعريفات عدة، واهتموا بتعريفه أكثر من الغائب،

---

(١) المغرب للمطرزي: ٣٦٤.

(٢) لسان العرب لابن منظور، مادة: فقد. المصباح المنير للفيومي، مادة: فقد. القاموس المحيط، مادة: فقد، باب الدال، فصل الفاء.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. فتح المعين لأبي السعود: ٢/ ٤٨٤.

فقد عرفه الجرجاني(١) بأنه: «الغائب الذي لم يدر موضعه، ولم يدر أحي هو أم ميت»(٢).

وعرفه غيره بأنه: «من غاب فلم يوقف على أثره، ولم يوصل إلى خبره»(٣).

وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمفقود، فكانت تعريفاتهم تدور تارة حول جهل مكانه، وتارة حول الجهل بحياته، وأخرى حول انقطاع خبره وغير ذلك، وأعرض فيما يأتي تفصيلا لذلك في المذاهب الفقهية:

١ ـ الحنفية:

تعددت التعاريف الخاصة بالمفقود عند الحنفية، فتناولوا في بعض تلك التعاريف بيان مآله وأثره.

يقول صاحب المبسوط عند حديثه عن المفقود: «هو اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد»(٤).

---

(١) **الجرجاني**: (٧٤٠ ـ ٨١٦هـ)، علي بن محمد المعروف بالسيد الشريف، ولد في جرجان، كان متعلقا بعلوم اللغة العربية، فارسا في البحث والجدل، حنفيا، كتبه كثيرة تزيد عن الخمسين، منها التعريفات وحاشية الهداية، توفي بشيراز عام ٨١٦هـ. الفوائد البهية للكنوي: ١٢٥.

(٢) التعريفات للجرجاني: ٢٨٨. وينظر: التعاريف للمناوي: ١/ ٦٦٩. أنيس الفقهاء للقونوي: ١٩١.

(٣) طلبة الطلبة للنسفي: ٩٥ ـ ٩٦.

(٤) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤.

ويشترط بعض الحنفية مضي مدة من الزمان على غيابه.

يقول صاحب تحفة الفقهاء: «المفقود هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف رجاء، ومضى على ذلك زمان، ولم يظهر رجاء»(١).

ويلاحظ من خلال تتبع تعريف المفقود عند فقهاء الحنفية أن تلك التعاريف تجتمع على اشتراط جهل حياة المفقود أو موته، وهذا الشرط هو جامع مشترك لتلك التعريفات، إنما تنفرد بعض التعريفات بإضافة شرط آخر على هذا القدر المشترك، وهو شرط الجهل بالمكان، مما أدى إلى الاختلاف في شأن الأسير، هل يدخل في تعريف المفقود، أم أن هذا التعريف لا يشمله؟

ونظرا لأن مؤدى التعاريف عند الحنفية لا تخرج عن هاتين الحالتين، لذلك سأختار بعضا منها لكل حالة.

الحالة الأولى: اشتراط جهل المكان إلى جانب الجهل بحياته أو موته:

عرف الحنفية الذين جمعوا بين شرط جهل المكان، وشرط جهل الحياة أو الموت، عرفوا المفقود بتعاريف كثيرة نتيجتها واحدة، أذكر منها:

تعريف صاحب تبيين الحقائق حيث يقول: «هو الغائب الذي لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع خبره، وخفي عليهم أثره»(٢).

أما صاحب الهداية فيعرف المفقود بقوله: «إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع، ولا يعلم أحي هو أم ميت»(٣).

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٤٩. وينظر: الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧. الفتاوى الهندية: ٢/ ٢٩٩.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١.

(٣) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. وينظر: اللباب للميداني: ٢/ ١٢٥.

وجاء تعريفه في الفتاوى الهندية بأنه: «الرجل يخرج على وجه، فيفقد ولا يعرف موضعه، ولا تستبين حياته ولا موته، أو يأسره العدو، فلا يستبين موته ولا قتله»(١).

يظهر من هذا التعريف: أن الأسير لا يدخل فيه؛ لأن الأسير معلوم المكان، وهو الموضع الذي أسر فيه، سواء أكانت أرضا إسلامية محتلة أم غير محتلة، أم كانت أرض حرب، هذا في حال معرفة مكانه، أما في حالة جهل مكانه وخفاء حياته أو موته، فإنه يدخل في تعريف المفقود.

الحالة الثانية: الاكتفاء بشرط جهل الحياة أو الموت فقط.

ولهذه الحالة تعريفات كثيرة أيضا، أكتفي منها بما يفي بالغرض هنا:

فقد عرف صاحب البدائع المفقود بأنه: «شخص غاب عن بلده ولا يعرف أنه حي أو ميت»(٢).

وجاء في الدر المختار: أن المفقود هو: «غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد البلقع»(٣).

وينص ابن نجيم(٤) ـ رحمه الله ـ صراحة على عدم اشتراط جهل المكان، فيقول عند تعليقه على قول صاحب الكنز: «هو غائب لم يدر موضعه»: يعني لم

(١) الفتاوى الهندية: ٦/ ٤٥٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦.

(٣) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤. يقال: مكان بلقع: خال، والبلقع والبلقعة: الأرض القفر التي لا شيء بها. ينظر: لسان العرب لابن منظور، مادة: بلقع.

(٤) ابن نجيم: (٩٢٦ ـ ٩٧٠هـ)، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي، الشهير بابن نجيم، فقيه أصولي، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، توفي سنة ٩٧٠هـ ودفن في القاهرة. الطبقات السنية للتميمي: ٣/ ٢٧٥. معجم المؤلفين لكحالة: ٤/ ١٩٢.

تدر حياته ولا موته، فالمدار إنما هو على الجهل بحياته أو موته، لا على الجهل بمكانه؛ فإنهم جعلوا منه المسلم الذي أسره العدو ولم يدر أحي هو أو ميت، مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب، فإنه أعم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أو لا»[١].

وبناء على ذلك فإن الأسير يدخل في تعريف المفقود؛ فإنه وإن كان معلوم الموضع، إلا أن حياته وموته غير معلومين، لذلك يعد مفقودا.

الجمع بين التعاريف:

رأى ابن عابدين[٢] ـ رحمه الله ـ أن الاختلاف بين هذه التعاريف اختلاف ظاهري، أو اختلاف بيان، فمن أضاف في تعريفه جهل الموضع إلى جهل الحياة والموت، فقد أراد بذلك البيان بأن جهل المكان: هو الجهل بالحياة والموت، فأصحاب هذه التعاريف أرادوا تفسير المراد بجهل المكان؛ لأن الغائب لو علم مكانه في دار الحرب وعميت علينا حاله فقد تعذر الاطلاع عليه، فلا خلاف في كونه مفقودا.

أما من أغفل في تعريفه شرط جهل الموضع فقد اكتفى بجهل الموت والحياة المستلزم لجهل المكان.

يقول ابن عابدين ـ رحمه الله ـ: «. . . لكن في الملتقى وغيره: هو غائب لا يدرى مكانه ولا حياته ولا موته، قيل: فهذا صريح في اشتراط جهل المكان،

---

(١) البحر الرائق: ٥/ ١٧٦.

(٢) **ابن عابدين:** (١١٩٧ ـ ١٢٥٢هـ)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الدمشقي، لقب بابن عابدين؛ لاتصال نسبه بزين العابدين بن علي رضي الله عنهم، كان فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد وتوفي في دمشق، من كتبه: رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، وله أيضا: ونسمات الأسحار، ومنحة الخالق على البحر الرائق، ومجموعة رسائل. الأعلام للزركلي: ٦/ ٤٢.

فيكون التعويل عليه، قلت: إن الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالبا، وعدمه عدمه، فالعطف للتفسير، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله، وعدم إمكان الإطلاع عليه، لا شك في أنه مفقود»[١].

وقد نص صاحب فتح المعين على التلازم بين العلم بالمكان والعلم بالحياة والموت فقال: «إن العلم بالمكان ـ ولو بعد ـ يستلزم العلم بالحياة والموت، فدخل من أسره العدو ولم تعلم حياته»[٢].

يمكن القول بعد هذا التوفيق: إن الأسير إما أن يكون معلوم الحال ويمكن الإطلاع عليه، فهو غير مفقود في هذه الحالة، أو أن يكون مجهول الحال في دار الحرب فيعد مفقودا.

وقد نص صاحب المبسوط على ذلك بوضوح فقال: «وتفسير المفقود: الرجل الذي يخرج في سفر، ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه، ولا يأسره العدو، ولا يستبين موته ولا قتله، فهذا مفقود»[٣].

وعلى هذا: فإن السجين لا يدخل في تعريف المفقود؛ لمعرفة مكانه، وإمكان الإطلاع على حاله.

٢ ـ المالكية:

عرف المالكية المفقود بأنه: «من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه»[٤].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٢.

(٢) فتح المعين لأبي السعود: ٢/ ٤٨٤. وينظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ١٠٥.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٨.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. شرح حدود ابن عرفة: ٢٢٢. وينظر: التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٥.

وذكر بعضهم بأن المفقود: «هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم له خبر»[١].

وعرفه آخرون بأنه: «الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، فلا يدرى أين هو، وقد تلوموا في طلبه والمسألة عنه فلم يوجد»[٢].

وتدور أغلب تعريفات المالكية للمفقود حول التعريف الأول، ويخرج بقولهم: انقطع خبره، الأسير الذي علم خبره، ويخرج بقولهم: يمكن الكشف عنه، المحبوس الذي لا يمكن الكشف عنه[٣].

فإذا انقطع خبر الأسير كان مفقودا، وإذا أمكن الكشف عن المحبوس دخل أيضا في تعريف المفقود عند المالكية.

والمنقول عن الإمام مالك[٤] ـ رحمه الله ـ أن الأسير الذي يفقد في أرض العدو لا يعد مفقودا، وإن لم يعرف موضعه ولا موقفه بعدما أسر، وعلل بعض

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢/ ٣١. وعرف الإباضية المفقود بتعريف المالكية، فقالوا: والمفقود من انقطع خبره، مع إمكان الكشف عنه، فيخرج الأسر والأسير بانقطاع الخبر؛ لأن الأسير معلوم الخبر، وبإمكان الكشف يخرج الحبس والمحبوس الذي لا يمكن الكشف عنه، فإنه لا يحكم له بحكم المفقود، ينظر في ذلك: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش: ٧/ ٢٢٣.

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٦.

(٤) **الإمام مالك بن أنس بن مالك:** (٩٣ ـ ١٧٩هـ)، صاحب الموطأ، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة، وإليه ينسب المذهب المالكي، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ، اشتهر في فقهه باتباعه الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة، كان محدث المدينة ومفتيها، من مؤلفاته: الرد على القدرية، رسالة في الأقضية، توفي بالمدينة سنة ١٧٩هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٨/ ٤٨. الديباج المذهب لابن فرحون: ١/ ٨٢.

المالكية ذلك بأنه فقد في أرض العدو، وقد عرف أنه أسر، ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه في أرض العدو، ولذلك لا يعد بمنزلة من فقد في أرض الإسلام[١].

ويظهر من ذلك أن هناك اضطرابا في حدود المفقود عند المالكية، فقد ذكروا أن الأسير إذا انقطع خبره كان مفقودا، وهذا يتعارض مع ما نقل عن الإمام مالك ـ رحمه الله ـ الذي ذهب فيه إلى أن الأسير في أرض العدو ليس بمنزلة المفقود، سواء أعلم موضعه وموقفه بعد الأسر أم لم يعلم، وقد يزال هذا الاضطراب بحمل القول الأول على الأسير في أرض المسلمين، وحمل قول الإمام مالك على من فقد في أرض العدو، سيما وقد نقل عنه تصريحه بذلك في المدونة.

وقد حاول الخرشي[٢] ـ رحمه الله ـ التوفيق بين القولين، فرأى أن الأسير في أرض العدو لا يمكن الكشف عنه، وإمكان الكشف عنه قيد في التعريف فيخرج منه، أما المفقود في بلاد العدو فيمكن الكشف عنه؛ لأن الأسير يحجر عليه ويمنع من الإياب والذهاب، غير أنه لم يسلم بهذا التوفيق؛ لعدم اضطراده في مواضع أخرى، فيقول: «وينكد على ذلك أنه سيأتي ما يفيد استواء الحكم في مفقود أرض الشرك والأسير في البقاء لمدة التعمير»[٣].

---

(١) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥.

(٢) **الخرشي**: (١٠١٠ ـ ١١١٠هـ)، أبو عبدالله، محمد بن عبدالله الخرشي، لقب بالخرشي نسبة إلى قرية يقال لها: أبو خراش في مصر، فقيه مالكي، انتهت إليه رئاسة المالكية بمصر، من مؤلفاته: شرح الخرشي على مختصر خليل، توفي سنة ١١٠١هـ. شجرة النور الزكية لابن مخلوف: ٣١٧.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩.

خلاصة القول في الأسير:

رأى المالكية أن الأسير إذا لم ينقطع خبره وكان في أرض الإسلام فلا يعد مفقودا، وهذا لا خلاف فيه بينهم، إنما اختلفت الأقوال عندهم في أسير أرض العدو، فقد رأى الإمام مالك أنه ليس بمنزلة المفقود، سواء أعرف موضعه وموقفه أم لم يعرف، وهذا يخالف معظم أقوال المالكية الذين رأوا أن الأسير إذا أمكن معرفة أخباره فإنه يخرج من تعريف المفقود، أما إن تعذر ذلك ولم يعلم حاله فهو مفقود، وهذا ما نص عليه صاحب الكافي عندما قال:

«والمفقود الثاني: هو الأسير الذي تعرف حياته وقتا ثم ينقطع خبره، و لا يعرف له موت ولا حياة»[1]، وهذا ما يتفق مع تعريف المفقود في المدونة، ومع ما ذهب إليه المالكية من التمييز بين الغائب والمفقود، فقد رأوا أن المفقود هو: «من لم يعلم موضعه، أما الغائب فهو من علم موضعه»[2].

أما السجين عند المالكية، فمعيار القول فيه عندهم إمكان الكشف عنه، فإن أمكن الكشف عن حاله فهو مفقود، أما إن لم يمكن الكشف عنه فلا يعد مفقودا، وهو خلاف ما يجب أن يكون؛ ليتفق مع تمييزهم الأخير بين الغائب والمفقود.

٣ ـ الشافعية:

تدور تعريفات الشافعية للمفقود على انقطاع خبره والجهل بحاله، فعرفه بعضهم بأنه: «من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدرى أحي هو أم ميت، وسواء كان في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة»[3].

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ١/ ٢٦٠.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٣٠٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ٣٠٠.

(٣) حاشية الجمل: ٤/ ٢٩. وينظر: الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٦٠.

ويفهم من قول صاحب المهذب أن المفقود: هو من لم يعلم موته، فقد جاء في المهذب: «وإن أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته،لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله»(١).

وبناء على ذلك: فإن الأسير الذي انقطع خبره ولم يعلم حاله يعد مفقودا عند الشافعية، وهذا يتجلى من خلال تعريفهم للمفقود، ومن كتاباتهم التي كانوا يقرنون فيها الأسير بالمفقود دوما.

يقول صاحب مغني المحتاج: «ومن أسر أو فقد وانقطع خبره ترك ماله»(٢).

بل نص الإمام النووي(٣) على أن الأسير يعد مفقودا في حالة انقطاع خبره، وذلك عندما ذكر تعريف المفقود، ثم قال: «وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره»(٤)، أما السجين فلا يدخل في تعريف المفقود.

٤ ـ الحنابلة:

الشرط الأساسي عند الحنابلة في المفقود هو انقطاع الخبر، وعليه تدور أكثر التعريفات:

---

(١) المهذب للشيرازي: ٢/ ٢٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني الخطيب: ٤/ ٤٨. وينظر: تحفة المحتاج للرملي: ٦/ ٤٢١.

(٣) **الإمام النووي:** (٦٣١ ـ ٦٧٦هـ)، يحيى بن شرف، الحوراني، محي الدين، أبو زكريا، ولد بنوى من قرى حوران السورية، فقيه شافعي، حافظ، علامة بالفقه والحديث، من تصانيفه: رياض الصالحين، منهاج الطالبين، شرح صحيح مسلم، الأذكار، شرح المهذب للشيرازي. توفي بنوى. طبقات الشافعية للسبكي: ٨/ ٣٩٥. طبقات الشافعية للحسيني: ١٩٢. الأعلام للزركلي: ٨/ ١٤٦.

(٤) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥. وقد تبعه في ذلك صاحب حاشية الجمل: ٤/ ٢٩.

فالمفقود عند الحنابلة: «هو من لم تعلم له حياة ولا موت؛ لانقطاع خبره»[(١)].

وعرفوه أيضا بأنه: «من انقطع خبره ولم يعلم موضعه»[(٢)].

فالأسير يعد مفقودا عندهم إذا انقطع خبره، وقد نصوا على ذلك صراحة بقولهم: «والأسير كالمفقود إذا انقطع خبره»[(٣)]، وقد مثلوا للمفقود الذي ترجى سلامته بالأسير، وذلك عند كلامهم على المفقود وأقسامه.

يقول صاحب شرح منتهى الإرادات عند ذكر القسم الأول للمفقود: «وهو من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كأسر، فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله أو تجارته»[(٤)].

ويخرج السجين من تعريف الحنابلة للمفقود؛ لأنه معلوم المكان والحال.

٥ ـ الظاهرية:

المفقود عند الظاهرية: «هو الذي يتلوم لطلبه فلا يوجد له خبر»[(٥)].

يقول صاحب المحلى: «ومن فقد فعرف أين موضعه، أولم يعرف، في حرب فقد، أو في غير حرب وله زوجة... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٢. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣٠.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦.

(٣) المرجع السابق: ٦/ ٢٦٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٢.

(٥) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢١.

أبدا»[١]، فالظاهرية لم يشترطوا في المفقود جهالة موضعه، كما أنهم لم يشترطوا لذلك ظرفا معينا من سلم أو حرب، إنما الشرط الأساسي فيه عندهم انقطاع أخباره، فقد يعرف مكان الغائب، ومع ذلك يعد مفقودا؛ لانقطاع أخباره.

وعليه: فإن الأسير يعد مفقودا إذا انقطع خبره ولو علم موضعه، وكذا الأمر بالنسبة للسجين.

٦ ـ الزيدية والإمامية:

عرف الزيدية المفقود بأنه: من غاب فخفي مكانه ولم يدر أحي أم ميت[٢].

وبذلك لا يعد الأسير مفقودا إلا إذا خفي مكانه في دار الحرب، ولم يدر أحي هو أم ميت.

أما الإمامية فقد رأوا أن المفقود هو: من انقطع خبره وخفي أثره[٣].

فيخرج بذلك الأسير إذا عرف مكانه وحياته فلا يعد مفقودا.

التعريف المختار للمفقود:

إن أولى التعريفات بالاختيار هو التعريف الذي يشرح ماهية الفقدان:

فالمفقود: هو الإنسان الحي بالنظر إلى أول حاله، غاب في جهة ما فانقطعت أخباره، وبعد مضي مدة من الزمن في البحث عنه بمختلف الوسائل لم يعرف حاله أحي هو أم ميت.

---

(١) المرجع السابق: ٩/ ٣١٦.

(٢) البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٥٤.

(٣) مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢.

وهذا التعريف ـ الذي استخلصه الباحث ـ يحقق ما رآه أغلب الفقهاء في المفقود، فالمفقود إنسان تأرجح الحكم في حقه، فلا يمكن الجزم بحياته، كما يتعذر الحكم بوفاته؛ لعدم توافر الأدلة التي تشير إلى ذلك، فعنصر الشك الذي يكتنف مصير هذا الشخص هو الذي يجعل الغائب مفقودا، لا الجهل بمكانه، ويشهد لذلك ما قرره أغلب الفقهاء من أن المسلم إذا وقع أسيرا في يد العدو، ولم يدر أحي هو أم ميت، وتعذر الإطلاع عليه، فإنه يعد مفقودا، مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب، أو أرض العدو، بل لو علم على وجه الدقة مكان هذا الأسير في أرض العدو، وكان الجهل والغموض يحيطان بمصيره، فإن ذلك لا يخرجه عن كونه مفقودا؛ لأن معرفة مكانه لا يرفع الجهالة بحاله، ولا يلزم عنه العلم بحياته أو موته، مع أن الغالب أن يقترن الجهل بحياة الشخص مع الجهل بمكانه.

وعليه: فيخرج بهذا التعريف الأسير الذي علمت حياته؛ لظهور خبره وجلاء حاله، وإن لم يكشف عن مكانه، وهذا ما يناسب العصر الحاضر، لإمكان الإطلاع على أحوال الأسير من خلال الاتصال به هاتفيا، بل ومحادثته ورؤيته في آن واحد، أو من خلال شريط مسجل.

أما إن خفيت أحواله، واكتنف الجهل مصيره، فهو بحكم المفقود[1]؛

---

(١) قد يعترض على ذلك بأن يقال: كيف يعد الأسير مفقودا وأحوال الأسرى مكشوفة ومعروفة في هذه الأيام بما توصل إليه العالم من معاهدات أبرمت بخصوص أسرى الحرب، وكيفية معاملتهم، ومعرفة أحوالهم، والظروف المحيطة بهم، بحيث أضحى الإلمام بأخبار الأسير، والوقوف على كل أحواله أمرا ميسورا، حتى صار بإمكان الأسير أن يراسل أهله، وأن يعلمهم بمكان أسره، وبحالته الصحية، بل ويمكنهم زيارته في بعض الأحيان، وهذا ما قررته اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩م؟ =

لأنه حقق الشرط الأساسي في المفقود، وهو عدم إمكان الحكم بحياته.

ويخرج بهذا التعريف أيضا السجين؛ فالسجين لا يدخل في تعريف المفقود، سواء أطالت مدة سجنه أم قصرت، عرف مكان سجنه أم لا؛ لأنه معلوم الحياة بداية عند سجنه، ومآله ظاهر بعد السجن، فالأصل في حالة السجين الحياة، ويستصحب هذا الأصل ويعد حيا حتى يصدر بيان رسمي بموته، كما أن أخبار السجين يمكن الإطلاع عليها، فهو ظاهر الحال معلوم المكان في أكثر الأحيان.

أما فيما يتعلق بالمعتقلين سياسيا في بلاد المسلمين، فبعض هؤلاء يمكن الإطلاع على أخبارهم والكشف عن أحوالهم، وهذا القسم لا شك في عدم دخوله في حيز الفقدان، فلا يعد من كان ذلك شأنه مفقودا.

ولكن كيف يكون الحال إذا عميت أخبارهم، وعتمت الأنباء حول أحوالهم[١]، هل يعد هؤلاء من المفقودين؟

أقول: إن الحكم عليهم بأنهم مفقودون يتطلب الجهل بمصيرهم وانقطاع أخبارهم باتفاق الفقهاء، كما يتطلب أيضا الجهل بمكانهم عند الحنفية في بعض

= ويجاب عن ذلك: بأن هذه المعاهدات الدولية والقرارات إنما تطبق في حق الدول الضعيفة فقط، والسؤال الذي يزيل هذا الاعتراض هو: هل تخضع قوات الاحتلال الأمريكية والعدو الصهيوني مثلا لهذه المعاهدات والقرارات الدولية؟ الواقع ينفي ذلك في حق الأولى، أما الثانية، فكم وكم من عشرات القرارات التي صدرت في حق ذلك العدو، ولم تغادر تلك القرارات الردهة التي صدرت فيها!!.

(١) وهذا الاحتمال وارد في حق سائر السجناء، غير أن إخفاء أخبار المعتقلين سياسيا والتعتيم حول مصير هؤلاء هو الأكثر ورودا في كثير من الأحيان.

أقوالهم، والمعتقلون سياسيا هم سجناء في أرض إسلامية، وإن لم تكن معلومة على وجه التحديد، وظاهر أن يد السلطة قيدت حريتهم واحتجزتهم في مكان ما، ويغلب على الظن وجودهم أحياء، فكيف يصار إلى القول بقياسهم على أولئك الذين غادروا موطنهم، واختفى أثرهم، وانقطع خبرهم، ولم تعلم وجهتهم أو مكانهم، وجهل مصيرهم؟

ثم إن كثيرا من الأمور والأحكام المتعلقة بالمفقود يلزمها حكم قضائي، والحكم القضائي متعذر في حالة المعتقلين سياسيا؛ لأن السلطة القضائية تعتمد في كثير من أحكامها على وثائق وثبوتيات تصدرها السلطة التنفيذية، والسلطة القضائية وإن كانت مستقلة عن السلطة التنفيذية، إلا أن واقع الحال في معظم البلدان الإسلامية يشير إلى تأثرها بها، إن لم أقل إنها خاضعة لها، فلا يعقل أن تصدر السلطة القضائية حكما مخالفا لبيانات السلطة التنفيذية التي وضعت يدها على المعتقل واحتجزته.

وكيف لهذا القاضي أن يحكم بوفاة هذا المعتقل والسجلات الأمنية، أو سجلات المعتقلين سياسيا، تثبت حياته.

لذلك: فإن إلحاق السجناء السياسيين بالمفقودين أمر غير ممكن، إنما تسري عليهم أحكام الغائبين بشكل عام، إلا أن تعم الفوضى والفتن في بلد من البلدان، وتنهار السلطة السياسية والتنفيذية، عندئذ فإن المعتقلين السياسيين الذين لم يعثر لهم على أثر، أو لم تظهر قرينة ترجح حياتهم أو وفاتهم، يحكم بإلحاقهم بالمفقودين؛ للجهل الذي أحاط بمصير هؤلاء، ولأننا لا نعلم في هذه الحالة اليد التي تحتجزهم حاليا، وهذا ينطبق أيضا على أولئك الذين لا تعترف الدولة باعتقالهم.

خلاصة آراء الفقهاء في تعريف المفقود:

إن دراسة آراء الفقهاء في تعريف المفقود يظهر النقاط الآتية:

١ ـ اجتمعت آراء الفقهاء على وصف مشترك للمفقود: وهو من جهلت حياته وموته، عدا الأسير.

٢ ـ إن موضع النزاع بين الفقهاء هو في الأسير والسجين، هل يدخلان في تعريف المفقود أم لا؟

اختلف الفقهاء في شأن الأسير على قولين:

أ ـ لا يعد الأسير مفقودا سواء أعلم موضعه أم لم يعلم، وهو قول الإمام مالك.

ب ـ يعد الأسير مفقودا بشرط أن يحقق ما اشترط في المفقود بأن ينقطع خبره، وأن لا يعلم حاله، وهو قول الزهري[1] والحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية، وبعض المالكية.

أما السجين فقد رأى جمهور الفقهاء أنه لا يعد مفقودا إذا كان ظاهر الحال وأمكن الكشف عنه، فإن خفي حاله، وجهل مصيره، وتعذر الكشف عنه، كان مفقودا، خلافا للمالكية الذين رأوا أن السجين إذا أمكن الكشف عنه فهو مفقود، وإن لم يمكن الكشف عنه فلا يعد مفقودا.

* * *

ج ـ تعريف المفقود قانونا:

---

(١) **الزهري**: (٥٨ ـ ١٢٤هـ) محمد بن مسلم بن عبيدالله بن شهاب الزهري، الإمام التابعي العلم، حافظ زمانه، أحد الفقهاء السبعة، له تصنيف في مغازي النبي ﷺ، وتنزيل القرآن، توفي سنة ١٢٤هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ٣٢٦. شذرات الذهب لابن العماد: ٣/ ٩٩.

عرف القانون السوري المفقود بأنه: من غاب فلم تعلم حياته من موته، أو كانت حياته محققة، ولكن لا يعرف له مكان[(١)].

وعرفه بعض القانونيين بأنه: الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره، ولا يعرف أحي هو أم ميت[(٢)].

ويلاحظ على تعريف القانون السوري للمفقود أنه خالف الفقهاء في ذلك، فقد أدخل فيه من علمت حياته ولم يعرف له مكان، وهذا لا يعد مفقودا عند أحد من الفقهاء، إنما هو إنسان حي مجهول الإقامة، وهو غير المفقود بالكلية.

وهذا الخلط في القانون السوري ناجم في جزء منه عن القانون الفرنسي الذي خلط بين الغائب والمفقود، إلا أن القانون الفرنسي لم يدخل مع المفقودين أولئك الذين علمت حياتهم ولم يعرف لهم مكان، بل نص صراحة على عدم تطبيق الأحكام التي وردت في شأن الغائبين على أولئك الأشخاص، وقرر لهم قوانين خاصة[(٣)].

وعرف الفقه الحديث في القانون المصري المفقود بأنه: الذي لا تعلم حياته أو وفاته، كما عرفه قانون الولاية على المال المصري بأنه: من غاب عن أهله، وانقطعت أخباره، وجهلت أحواله، ولا يعلم أحي هو أم ميت، سواء أكان في حالة يغلب عليها الهلاك، أم في حالة يغلب عليها السلامة[(٤)].

---

(١) المادة /٢٠٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري. ينظر: أحكام الأهلية والوصية للسباعي: ٣٨. الأحوال الشخصية، د. الحجي الكردي: ٣٢٢.

(٢) المدخل إلى علم القانون للقاسم: ٣٠٩.

(٣) الأحكام الخاصة بالمفقود سيد حسن: ٣١.

(٤) قانون الولاية على المال، مادة رقم: /٧٤ ـ ٧٥/ . وينظر أيضا المادة رقم: /٧/ من القانون ٢٥ لعام ١٩٢٠ . أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٣٦ ـ ٢٣٧ .

أما فقهاء القانون الفرنسي فقد خلطوا بين الغائب والمفقود، فعرف بعض القانونيين في فرنسا المفقود بأنه: الشخص الذي يختفي من موطنه المعتاد، دون أن ندري شيئا عن المكان الذي سار إليه.

وعرفه فريق آخر بأنه الذي لا يعلم شيء عن أخباره، ورأى فريق أن الغائب هو من لا يدرى أميت هو أم حي.

وهذا الاضطراب في التعريف يظهر كيف خلط الفقهاء الفرنسيون بين المفقود والغائب، وبعد مضي مدة من الزمن، حاول رجال القانون الفرنسي تلافي هذا الخلط، فقالوا: المفقود: هو من كانت حياته غير محققة دون الحصول على جثته[1]، ثم ما لبث المشرع الفرنسي أن تدخل وأعاد تنظيم الغيبة في مواد خاصة، ونظم المفقود في قواعد خاصة أخرى، وقد أشار إلى أن المفقود يقصد به من كان موته محققا، ومع ذلك لا يكون في مقدور موظف الأحوال المدنية تحرير شهادة الوفاة نظرا لعدم العثور على جثته.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه تجاهل تماما عنصر الشك الذي يكتنف حياته، وحصر المشكلة في مجرد إثبات وفاة شخص قد توفي بالفعل، وبذلك سوى القانون الفرنسي الحديث بين المفقود والميت، مخالفا بذلك معظم التشريعات ـ بما فيها التشريع الفرنسي ذاته ـ التي لا تسوي بين المفقود والميت.

---

(١) المادة /٨٨/ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديلات العديدة التي أجريت عليه في عام ١٩٧٧. ينظر: الأحكام الخاصة بالمفقود لسيد حسن: ٢١ ـ ٣٢.

ثانيا ـ أقسام المفقود:

١ ـ أقسام المفقود في الفقه الإسلامي:

عني بعض المذاهب الفقهية بتقسيم المفقود وبيان حكم كل حالة على حدة، على حين أغفلت مذاهب أخرى بيان أقسامه، واكتفت ببيان حده والأحكام المتعلقة به.

فذهب الحنفية والشافعية إلى أن المفقودين نوع واحد، دون النظر إلى الظروف التي فقدوا فيها أو الأحوال التي رافقت ذلك، أو المكان الذي فقدوا فيه، ولم يتناول هذا الفريق بيان حالات الفقد.

أما المالكية والحنابلة والإباضية، فقد قسموا المفقود إلى عدة أقسام بحسب ظروف غيبتهم، أو الأرض التي فقدوا فيها أو الظروف والأحوال التي أحاطت حالة الفقدان، وفيما يأتي تفصيل ذلك.

١ ـ **المالكية:** المفقود عند المالكية أكثر من نوع، فقد قسموه إلى عدة أقسام بحسب المكان الذي فقد فيه، والأحوال والظروف التي أحاطت بفقده، واختلفت الآراء عندهم في عدد هذه الأقسام، فبعضهم رأى أنه ثلاثة أقسام[١]، وذهب آخرون إلى أنه أربعة، وفرع بعضهم على تلك الأقسام مما زادها إلى خمسة عند البعض، وإلى ستة عند آخرين، ويرجع هذا التقسيم في حقيقته إلى الأقسام الأربعة الآتية[٢]:

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٤/ ٩٣ ـ ٩٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. وينظر: التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٦. المقدمات الممهدات لابن رشد: ٢/ ٨٠. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد: ٢/ ٤٠.

١ ـ المفقود في بلاد الإسلام ويدخل تحته:

أ ـ المفقود في بلاد الإسلام في الظروف الطبيعية.

ب ـ من سافر في البحر وانقطع خبره(١).

٢ ـ المفقود في بلاد الأعداء (أرض الحرب).

٣ ـ المفقود في اقتتال المسلمين بعضهم مع بعض (زمن الفتن)، وأدخل بعضهم في هذا القسم المفقود في زمن الوباء كالطاعون، ومنهم من جعله قسما مستقلا وأفرده بحكم خاص.

٤ ـ المفقود في القتال مع الكفار.

ونحا بعض المالكية (٢) إلى تقسيمه شكلا آخر، على النحو الآتي:

ـ **مفقود في أرض الإسلام**: وهو حالتان: إما في زمن السلم، أو في زمن الحرب (الفتن).

ـ **مفقود في أرض الأعداء**: وهو حالتان: إما في زمن السلم، أو في زمن الحرب (الجهاد).

ويمكن أن تدخل الأقسام الأربعة تحت تصنيف آخر على أساس الغيبة كما فعل الحنابلة:

١ ـ غيبة ظاهرها السلامة: ومنها الفقد في أرض الحرب والأسر.

٢ ـ غيبة ظاهرها الهلاك: وهي قسمان:

---

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٥ ـ ١٥٦. وينظر: الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٢. منح الجليل للشيخ عليش: ٤/ ٣٢٧. حاشية االعدوي: ٢/ ٩٥.

(٢) شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٢٤ ـ ٢٢٨.

القسم الأول: أن يكون الفقد بعد سبب من شأنه الإهلاك، كطاعون، أو معركة، أو غرق سفينة، أو سقوط طائرة. . .

القسم الثاني: أن لا يكون الفقد بعد سبب من شأنه الإهلاك، كمن سافر في أرض الإسلام وفقد فيها.

٢ ـ **الحنابلة**: يقسم المفقود عند الحنابلة إلى قسمين بحسب نوع الغيبة وظرفها.

أ ـ **المفقود في غيبة ظاهرها السلامة**(١): بأن يغلب على الظن بقاؤه حيا، كالمسافر طلبا للعلم، أو للتجارة، أو للسياحة، أو للعبادة، ونحو ذلك، ولم يعلم خبره.

ب ـ **المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك**(٢): بأن يغلب على الظن موته، كالذي يفقد بين أهله كأن يخرج للصلاة، أو لقضاء حاجة قريبة له، فلا يعود ولا يعلم خبره، وكالجندي يفقد بين الصفين في القتال، أو أن تنكسر السفينة التي هو فيها فيغرق بعض رفقته ويسلم البعض، أو أن يفقد في مفازة مهلكة، كأن يفقد في صحراء مهلكة.

٣ ـ **الإباضيَة**: ذهب الإباضية إلى تقسيم المفقود إلى خمسة أنواع(٣)، وما سواها فهو غائب:

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٤٢. وينظر: الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٦. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣. أخصر المختصرات لابن بلبان: ١/ ٢٣٦. زاد المستقنع لأبي النجا المقدسي: ١٦١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الروض المربع للبهوتي: ٣/ ٢٣. وينظر: منار السبيل لمحمد بن ضويان: ٢/ ٨٠. دليل الطالب لمرعي بن يوسف الحنبلي: ٢٠٣. المحرر في الفقه لعبد السلام بن تيمية: ١/ ٤٠٦.

(٣) شرح النيل لمحمد بن يوسف بن عيسى أطفيش: ٧/ ٢٧ ـ ٢٨.

- من أحاط به ماء، سواء وقع من سفينة أو غرق مركبه ولم يمكن إنقاذه.
- من أحاط به حريق، دون ظهور أثر لجثته.
- من أحاط به رجال بحرب وكان في الصف الأول.
- من تخلف عن رفاقه وإن لم تعلم أخباره، وكذلك من هدم عليه جدار أو جمحت به دابته.
- من خرج من منزله ولم يعد، سواء أخرج ليلا أم نهارا.

خلاصة القول في أقسام المفقود: أن الفقهاء فيه فريقان، الفريق الأول: لم يفرق بين مفقود وآخر، فالمفقود عندهم نوع واحد، وهو رأي الحنفية والشافعية، أما الفريق الثاني: وهو المالكية والحنابلة والإباضية، فقد فرقوا بين المفقودين وقسموهم إلى عدة أقسام، ونظروا في تفريقهم بين مفقود وآخر إلى ما آل إليه حال المفقود، ومدى الشك في حياته أو موته، وذلك بناء على نوع الغيبة أو مكانها، والظروف التي رافقتها.

وتقسيم الفقهاء للمفقود لا يخرج عن الحالتين الآتيتين:

- الحالة الأولى - المفقود في وقت السلم:

وفيه قسمان:

١ - مفقود في أرض العدو.

٢ - مفقود في بلاد المسلمين في الظروف الطبيعية أو العادية، أو في الظروف الاستثنائية القاهرة، كزمن المجاعة والوباء، أو في ظرف قاهر، كغرق سفينة، أو سقوط طائرة، أو حريق هائل[١]، أو زلزال مدمر، أو طوفان، أو انهيار أرضي.

---

(١) من أمثلة ذلك: الحريق الذي حدث في عام ٢٠٠٢ في أحد القطارات المتجهة إلى الصعيد في مصر، وذهب ضحيته أكثر من ٦٠٠ شخص غابت معالم الغالبية العظمى =

ـ الحالة الثانية ـ المفقود في وقت الحرب:

وهو قسمان:

١ ـ مفقود في القتال بين المسلمين والكفار، كالمفقودين في حروب المسلمين مع أعدائهم، كحرب الشيشان والبوسنة والهرسك وكشمير، أو في الحروب مع العدو الصهيوني، وكذلك من فقد في الغارات الحربية التي كانت تقصف المدن السكنية.

٢ ـ مفقود في قتال المسلمين مع بعضهم (وقت الفتن)، كالمفقودين في اجتياح القوات العراقية للكويت، أو في الحرب العراقية الإيرانية، أو في قتال الأفغان فيما بينهم.

٢ ـ أقسام المفقود في القوانين الوضعية:

قسم القانون السوري المفقود إلى قسمين:

١ ـ الحالة التي لا تعرف فيها حياته أو مماته.

٢ ـ الحالة التي تكون حياته فيها محققة، ولكن مكانه غير معروف(١).

وهذا التقسيم يظهر أن القانون السوري أدخل حالة الغياب للشخص الذي تكون حياته محققة، وجعلها حالة من حالات المفقود، مخالفا بذلك آراء الفقهاء وغيره من القوانين، كالقانون المصري الذي وافق مذهب الحنابلة، وفرق في المفقود بين حالتين:

= منهم، وتعذر التعرف عليهم لشدة الحريق، مما دفع بعض الناس للتلاعب لاستلام أي جثة مجهولة المعالم، أو أي بقايا متفحمة، والادعاء بأنها جثة قريبه أيا كان أبا أم زوجا أم أخا، وكان عدم وجود سجلات تبين أسماء الركاب وتضبط ذلك سببا من الأسباب التي أضفت مزيد جهالة على مسألة حصر الأشخاص المحروقين.

(١) المدخل إلى علم القانون للقاسم: ٣٠٩.

الأولى: أن يفقد الشخص في ظروف غالبها الهلاك، أي أن يحيط بالفقد ظروف من شأنها الإهلاك، كحرب أو زلزال، أو كأن يخرج لقضاء حاجة دون أن يعود، أو ذهب إلى الصلاة بجوار منزله ولم يعد، أو فقد في حريق منزل أو غرق سفينة، فهذه الظروف جميعها يغلب على الظن فيها الهلاك.

الثانية: أن يفقد الشخص في ظروف غالبها السلامة، من أمثلة ذلك: من يفقد في سفر التجارة أو طلب العلم، أو السياحة، فهذه الحالات وأشباهها يظن معها السلامة، فلا تعامل كالحالة الأولى[1].

ومع أن القانون الفرنسي خلط بين الغائب والمفقود إلا أن المشرع الفرنسي أصدر بعض القوانين لحالات خاصة في مسألة الفقدان، كالمفقود في الحروب، والمفقودين في عرض البحار، أو في حوادث الطيران[2].

❐ ❐ ❐

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٣٨.

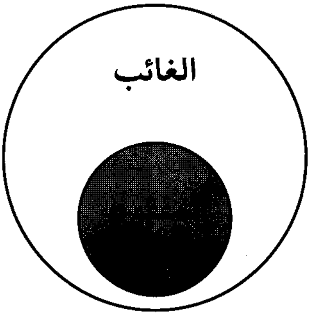
(٢) الأحكام الخاصة بالمفقود لسيد حسن: ٢٨.

النقطة الثالثة

الفرق بين الغائب وأقسامه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

من خلال تعريف الغائب والمفقود يمكن القول: إن الغائب أعم من المفقود، ويمكن أن توصف العلاقة ما بين الغائب والمفقود بالعموم والخصوص المطلق[1]، فالغائب أعم مطلقا من المفقود؛ لأن الأول منهما ينطبق على كل أفراد الثاني، ولكنه ينطبق أيضا على أفراد أخرى لا ينطبق عليها المفقود، كالغائب المتحقق من حياته في غيبة قريبة أو بعيدة، والأسير ظاهر الحال.

أما المفقود فينطبق فقط على بعض الأفراد التي ينطبق عليها الغائب، فمجال الغائب أعم مطلقا من مجال المفقود، ومجال المفقود أخص مطلقا، فكل مفقود يقال له: غائب، ولا يقال لكل غائب: مفقود، والرسم البياني الآتي يوضح تلك العلاقة:



(١) العموم والخصوص المطلق: هي نسبة بين معنى ومعنى آخر مخالف له في المفهوم، وذلك من جهة أن أحدهما ينطبق على كل ما ينطبق عليه الآخر من أفراد دون العكس، والثاني ينطبق فقط على بعض الأفراد التي ينطبق عليها قرينه. وينظر: ضوابط المعرفة للميداني ٤٨ ـ ٤٩.

ونظرا لهذه العلاقة ما بين الغائب والمفقود، فإن الأحكام الخاصة بالمفقود لا تنطبق على سائر أفراد الغائب الذين ثبتت حياتهم؛ لأن الجهل الذي لابس حياة المفقود فرض له أحكاما جديدة خاصة، ففي مسألة ميراث المفقود من الغير اتفق الفقهاء على وقف نصيب المفقود من تركة مورثه لحين كشف حاله، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته بعد انقضاء المدة المحددة لذلك رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر بعد الحكم بموته واقتسام ما وقف له أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة، خلافا لسائر أفراد الغائب المتحقق من حياتهم، فإنهم يعاملون معاملة الحاضر، فيستحقون نصيبهم من تركة مورثهم فور موته دونما حاجة إلى وقف أو انتظار.

وفي مسألة الحكم بموت المفقود اشترط الفقهاء للحكم بموته أن تنقضي مدة التعمير، أو السنين الأربع ـ على خلاف بينهم في ذلك ـ دون أن يظهر له خبر، خلافا لمن غاب وكانت حياته ثابتة، فإن غيبته هذه ـ مهما طالت ـ، لا تفيد الحكم بموته مادامت حياته متحققة.

فهذه الأحكام وغيرها ـ مما سأفصل القول فيها في ثنايا هذه الرسالة بإذنه تعالى ـ تفيد أن الأحكام المتعلقة بالمفقود من جهة كونه مجهول الحياة أخص مطلقا من أحكام الغائب.

وإذا كان الغياب جامعا مشتركا بين الغائب والمفقود، فإن هذا الجامع إنما يفيد في اشتراكهما في بعض الأحكام من جهة كون كل منهما غائبا.

وأخيرا أجد أن من المفيد أن ذكر الفرق بين الغائب والمفقود في المذاهب الفقهية وفي القوانين الوضعية إغناء للبحث:

أولا ـ الفرق بين الغائب والمفقود في المذاهب الفقهية:

١ ـ **الحنفية**: السمة العامة لمذهبهم عدم التفريق بين الغائب والمفقـود، فقد عبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب عند كلامهم عن النفقة على زوجته وأولاده، فقالوا: «إن من لا يستحق النفقة في حضرته إلا بالقضاء، لا ينفق عليه من ماله في غيبته؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع»[١].

إلا أن هذا الأمر لا يسري بشكل مضطرد في جميع فروع الفقه الحنفي، فالحنفية يميزون المفقود عن غيره بأن غيبته منقطعة[٢]، وتفيد بعض عباراتهم التفريق بينهما، ومن تلك العبارات:

«والمفقود بمنزلة الغائب في مسألة القضاء بالنفقة»[٣]، وفي ذلك إشارة واضحة إلى أن حكم الغائب يختلف عن حكم المفقود، إلا أنهما بمنزلة واحدة في مسألة القضاء بالنفقة.

ويظهر تفريق الحنفية بين الغائب والمفقود أيضا في حديثهم عن تنصيب الوصي من قبل القاضي، فقد قالوا: «ينصب ـ أي القاضي ـ الوصي على الصغير لإثبات حق له عند غيبة أبيه، إذا كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا، وينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه، ولا ينصب عن الغائب»[٤].

وأوضح ما وجدت من عبارات تفيد التفريق ما ذهب إليه ابن نجيم عندما حاول التوفيق بين الروايات المختلفة في المذهب الحنفي في مسألة نفاذ القضاء

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٥٥٠.

(٢) الفتاوى الهندية: ١/ ٢٨٥. درر الحكام لحيدر: ٣/ ٣٥ ـ ٣٦.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٦.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٦.

على الغائب، فرأى أن الفتوى بالنفاذ خاصة بما إذا كان الحكم على مفقود، لا في مطلق غائب[١]، وهذا يدل على الفرق بينهما.

٢ ـ **المالكية**: ميز المالكية بين الغائب والمفقود بشكل واضح، فالمفقود عند المالكية لا يسمى غائبا، وقد نصوا على ذلك فقالوا: «والمفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء؛ لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه»[٢].

ويقول صاحب التاج والإكليل: «والغائبون عن أزواجهم خمس . . . الخامس غائب خلف نفقة ولم يشترط لامرأته، وهو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود»[٣].

وهذا النص مع إشارته إلى أن المفقود غائب عند المالكية، إلا أنه يتفق مع مبدأ المالكية في أن المفقود من جهل مكانه.

فمناط التمييز عندهم أن الغائب معلوم الموضع، على حين أن المفقود مجهول المكان، ولكل أقسامه العديدة.

٣ ـ **الشافعية**: تشير عبارات الشافعية إلى أن الغائب أعم من المفقود.

يقول الإمام الشافعي[٤] ـ رحمه الله ـ: «ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء، وأولى منه حي غائبا كان أو حاضرا، بعيد الغيبة منقطعها، مؤيسا منه، مفقودا أو

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٠٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ٣٠٠.

(٣) التاج والإكليل للمواق: ٧/ ٤٩٥.

(٤) **الإمام الشافعي**: (١٥٠ ـ ٢٠٤هـ = ٧٦٧ ـ ٨٢٠م)، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبدالله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في غزة، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين، وزار بغداد، وقصد مصر وتوفي فيها، كان شديد الذكاء، أفتى في مكة وهو ابن خمس عشرة سنة، كان بارعا في الشعر والأدب =

غير مفقود، وقريبها مرجو الإياب غائبا»[١].

ففي قوله: بعيد الغيبة منقطعها... مفقودا أو غير مفقود، دلالة على أن الغائب أعم من أن يكون مفقودا؛ لأنه ذكر بعد ذلك نوعا آخر هو قريب الغيبة مرجو الإياب.

ومما يؤكد أن الغائب أعم ما جاء أيضا في إعانة الطالبين: «المعتمد أنه متى امتنع من الإنفاق وهو قادر على نفقة المعسرين يمتنع الفسخ مطلقا، حضر أو غاب، انقطع خبره أو لا»[٢].

ويفرق الشافعية بين الغائب الذي انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته ـ وهذا هو المفقود ـ وبين الغائب الذي لم ينقطع خبره.

فالفارق ما بين الغائب والمفقود إذا: أن الغائب يشمل من لم ينقطع خبره وأمكن الوقوف على حاله، إضافة إلى من انقطع خبره وجهل مصيره، أما المفقود فيقتصر على من انقطع خبره ولم يوقف على حاله.

٤ ـ **الحنابلة**: يعد المفقود عند الحنابلة قسما من أقسام الغائب، فإذا غاب الشخص عندهم لم يخل من دخوله في إحدى حالتين:

ـ **الأولى**: أن تكون غيبته غير منقطعة، ويعرف خبره، ويأتي كتابه.

ـ **الثانية**: أن تكون غيبته منقطعة، وتكون بأن يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع[٣].

= والقراءات وأيام العرب والرماية، من تصانيفه: الأم ـ جمعه البويطي ـ والمسند، وأحكام القرآن، والرسالة. طبقات الشافعية للحسيني: ١١. الأعلام للزركلي: ٦/ ٢٦. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٠/ ٥.

(١) الأم للشافعي: ٥/ ١٥.

(٢) إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٩٠.

(٣) المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣. كشاف القناع للبهوتي: ٢/ ٤٢.

فيشترط الحنابلة في المفقود انقطاع الغيبة والخبر، وهذا يجعله فردا من أفراد الغائب الذي يضم أيضا من كانت غيبته غير منقطعة وخبره معلوما، وحاله مكشوفا.

النتيجة: الغائب أعم من المفقود، فهو يشمل الغائب حقيقة، والغائب حكما وهو المفقود، إلا أنه إذا أطلق الغائب في الاستخدام الفقهي، فإنه ينصرف إلى من كان غير موجود لأي سبب، وكانت حياته معلومة، وكذلك أخباره، ولا يصرف هذا اللفظ إلى المفقود في كثير من الأحيان إلا بشرط إضافة صفة أو قيد إليه، كأن يوصف بالغائب غيبة منقطعة، ولابد من الإشارة إلى أن استخدام الفقهاء لاصطلاح الغيبة المنقطعة لم يكن مقتصرا على المفقود وحسب، إنما استخدموه أيضا في بعض الأحيان للغائب الذي سافر إلى بلد واستقر فيها قاصدا الاستيطان، أو لذلك الذي بعدت غيبته، وانقطع عن العودة إلى أهله مع أن حياته معلومة.

ثانيا ـ الفرق بين الغائب والمفقود في القوانين الوضعية:

أ ـ في القانون السوري:

اضطربت القوانين السورية في التمييز بين الغائب والمفقود، فعلى حين فذهب بعض شراح القانون المدني إلى التمييز بينهما، على حين فإن قانون الأحوال الشخصية خلط بين القسمين.

فرأى الفريق الأول أن حالة الغياب أعم وأشمل، وأدخل تحتها مسألة الفقدان، مما يجعل كل مفقود غائبا دون عكس، فكل غائب لا يعد مفقودا إلا إذا انقطعت أخباره، وقام الشك حول حياته[1].

---

(١) مدخل إلى علم القانون للقاسم: ٣٠٩ ـ ٣١٠.

غير أن قانون الأحوال الشخصية السوري ـ وهو الفريق الثاني هنا ـ خالف الوجهة السابقة، وأقام التمييز على أساس آخر، إذ نصت المادة /٢٠٢/ منه على أن الإنسان يعد مفقودا في حالتين:

١ ـ إن كان لا تعرف حياته أو مماته.

٢ ـ إذا كانت حياته محققة، ولكن لا يعرف له مكان.

بينما نصت المادة /٢٠٣/ من القانون المذكور على أن الغائب: هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو إقامة وكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره[1].

ويلاحظ على هذا التفريق أن الحالة الأولى من المادة /٢٠٢/ هي التي تحقق المعنى الحقيقي للمفقود، أما الحالة الثانية، فهي تمثل حالة الغياب أكثر مما تمثل حالة الفقدان، وذلك أن الجهل بمكان الإنسان مع التحقق من حياته يناقض كثيرا من الأحكام التي ينبغي أن تطبق على المفقود، كالحكم بوفاته مثلا، فكيف يطبق هذا الحكم على من تحققت حياته!

وبذلك يظهر أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد خلط بين الغائب والمفقود متأثرا بالقانون الفرنسي، ذلك أنه أدخل من كانت حياته محققة ومكانه مجهولا في حيز الفقدان، بل نص صراحة في المادة /٢٠٣/ على إلحاق الغائب بالمفقود فقال: «يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك

(١) أحكام الأهلية والوصية للسباعي: ٣٨.

مصالحه أو مصالح غيره»[1]، وهذا الإلحاق إن جاز في إقامة وكيل قضائي عنه، إلا أنه لا يجوز في العديد من الأحكام الأخرى، كالحق في استحقاقه للإرث، أو توزيع تركته، والقانون لم يخصه بذلك، وكان حريا به أن يفعل.

ب ـ في القانون المصري:

فرق القانون المصري بين الغائب والمفقود، وخص كلا منهما بأحكام عديدة وردت في القوانين الآتية:

١ ـ القانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٠.

٢ ـ القانون رقم ٥٢ لعام ١٩٢٩، والذي عدل بالقانون رقم ١٠٣ لعام ١٩٥٨.

٣ ـ المرسوم بقانون رقم ١١٩ الخاص بالولاية على المال.

وقد نصت المادة /٣٢/ من القانون المدني المصري على وجوب العودة إلى القوانين السابقة في شأن المفقود والغائب، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية.

إلا أن هذه التفرقة لم تسر في القانون بشكل منتظم، فبعض مواد هذا القانون لم تفرق بين المفقود والغائب، من ذلك المادة /١٢/ والتي جاء فيها: «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان لها مال تستطيع الإنفاق منه»[2]، وهذا النص يشمل الغائب مطلقا، سواء أكان مفقودا أم غائبا معلوم الحياة.

---

(١) الأحوال الشخصية، د. الكردي: ٣٩٥.

(٢) المادة /١٢/ من القانون ٢٥ لعام ١٩٢٩ ـ القانون المدني المصري.

والاتجاه السائد في الفقه الحديث في القانون المصري هو إدخال المفقود في عموم الغائب، وذلك يتضح من خلال تعريفهم للغائب بأنه: «من ترك وطنه راضيا أو مرغما، واستحال عليه إدارة شؤونه بنفسه، أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه، مما يترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، يستوي في ذلك أن تكون حياته محققة أم غير محققة»(١).

وهذا التعريف العام للغائب يشمل من كانت حياته محققة، ولكن تعذر عليه مباشرة شؤونه أو الإشراف عليها، كما يشمل أيضا من كانت حياته غير محققة، وهو المفقود، مما يدل على أن الغيبة أعم من الفقدان.

ج - في القانون الفرنسي:

لم يفرق القانون الفرنسي في بداياته بين الغائب والمفقود، فالأعراف التي سادت في القانون الفرنسي القديم لم تواجه مسألة الفقد بشكل مستقل، إنما كانت تطبق على الغائبين بوجه عام، أيا كانت أسباب الغيبة، وبصرف النظر عن الظروف التي أحاطت بها، ويظهر ذلك بوضوح من خلال تعريف الغائب بأنه: من لا يدرى أميت هو أم حي، وعرفه البعض بأنه: الشخص الغير موجود في موطنه المعتاد، دون أن نعلم شيئا عن أخباره، وقد تطور القانون الفرنسي بتطور الحياة، وبدأ يفرق بين الغائب والمفقود، إلا أن الخلط رافق هذا التطور، ومع أن الفقه القانوني كان يستخدم مصطلح الغيبة والفقدان، إلا أنه عرف الغائب بأنه: «الشخص الذي يختفي عن موطنه دون أن نعلم شيئا عن أخباره، بحيث لا نعلم أميت هو أم حي».

---

(١) الأحكام الخاصة بالمفقود سيد حسن: ٢١ ـ ٣٢.

وعرف المفقود بأنه: «الشخص الذي تكون وفاته محققة بصورة لا يرقى الشك إليها، دون أن يكون في الإمكان العثور على جثته»[١].

ويبدو من تعريف الغائب أنه لم يتضمن إلا طائفة واحدة من الغائبين، وهي التي تدخل تحت مصطلح المفقود، أما تعريفهم للمفقود، فقد ساوى المشرع فيه بين الفقدان والموت، مما دعاه إلى التعديل مجددا، فأعاد تنظيم الغيبة في إحدى وعشرين مادة، وبذلك يظهر أن المشرع الفرنسي قد أقام نظامين مختلفين، أحدهما خاص بالغائب، والآخر خاص بالمفقود.

وقد أظهرت القوانين المتتالية التي صدرت بشأن المفقود أنها تخص الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يمكن القطع فيها بوفاتهم، أو يكون من شأنها أن تعرض حياتهم للخطر، ولذلك عرف الفقه الفرنسي المفقود مؤخرا بأنه: «الشخص الذي يكون موته محققا، ومع ذلك لا يكون في مقدور موظف الأحوال المدنية تحرير شهادة الوفاة؛ نظرا لعدم العثور على الجثة»[٢].

أما اصطلاح الغائب فلا ينصرف في نصوص هذا القانون إلا إلى الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يغلب على الظن بقاؤهم فيها سالمين، كمن يسافر للسياحة أو للتجارة ثم تنقطع أخباره، بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت.

مما يجعل التفرقة التي أقامها المشرع الفرنسي بين الغائب والمفقود تفرقة ظاهرية؛ لأن كلا من هذين الاصطلاحين ينصرف إلى أشخاص يحيط الشك بحياتهم.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

غاية ما في الأمر أن الاصطلاح الأول ينصرف إلى من يفقد في ظروف ظاهرها الهلاك، في حين يسري الاصطلاح الثاني على من يفقد في ظروف ظاهرها السلامة.

حدود الغائب والمفقود في هذا البحث:

١ ـ حدود الغائب:

يشمل الغائب في هذا البحث كل شخص ترك وطنه أو أهله، أو مكان إقامته، أو مركز عمله، لأي سبب كان، راضيا أم مرغما، واستحال عليه تدبير شؤونه بنفسه، أو إدارة أمواله والإشراف على أعماله، أو متابعة أموره، سواء أكانت حياته معلومة أم مجهولة.

٢ ـ حدود المفقود:

يشمل المفقود كل شخص ترك وطنه وأهله، أو مكان إقامته، لأي سبب كان، وانقطعت أخباره، وبعد مضي مدة من الزمان في البحث عنه لم يعرف حاله.

وبناء على ذلك فإن الأسير أو السجين إذا كان أي منهما مجهول الحال، فإنه يدخل في هذا القسم، وإلا فهو محض غائب.

لذلك سأقسم دراستي هذه إن شاء الله إلى بابين، أخصص الباب الأول منهما لبيان أحكام الغائب بحدوده السابقة بشكل عام، والتي قد يدخل المفقود في العديد منها من جهة كونه غائبا، أما الباب الثاني فسأفرده لبيان الأحكام التي ينفرد بها المفقود نتيجة انقطاع خبره والجهل بحياته.

❐ ❐ ❐

الباب الأوّل

الفصل الأول
أحكام القضاء المتعلقة بالغائب

* تمهيد:

وفيه نقطتان:

النقطة الأولى ـ تعريف القضاء وبيان مشروعيته:

أ ـ تعريف القضاء:

١ـ لغة: القضاء مصدر، وفعله قضى، وله معان كثيرة منها: الحكم والفصل[١]، فيقال: قضى بين الخصمين وعليهما، أي حكم بينهما وعليهما، وقضى حاجته: أي بلغ حاجته ونالها، وقضى دينه: أداه، وقضى إليه: أنهى إليه أمره وأمضاه، وتأتي كلمة القضاء بمعنى إحكام الشيء والفراغ منه، وتأتي بمعنى اللزوم، ومنه سمي الحاكم قاضياً؛ لأنه يمضي الأحكام ويحكمها؛ لأنه يلزم الناس[٢]:

٢ـ اصطلاحاً: عرف الفقهاء ـ رحمهم الله ـ القضاء تعريفات كثيرة مختلفة، وهذه التعريفات على اختلافها تتفق في جوهرها على أن القضاء، هو: فصل الخصومات على وجه الإلزام[٣].

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة: قضى. القاموس المحيط للفيروزآبادي، مادة: قضى. المعجم الوسيط، مادة: قضى. أنيس الفقهاء للقونوني: ١/ ٢٢٩.

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي: ٣٣١. وينظر: الزاهر للهروي: ٤٣١. لسان الحكام لإبراهيم الحنفي: ٢١٨.

(٣) التعريفات للجرجاني: ١/ ٢٢٦.

وأذكر بعضاً منها إتماماً للفائدة:

عرف الحنفية القضاء بأنه: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»[١]، وعرفوه أيضاً بأنه: «فصل الخصومات وقطع المنازعات»[٢].

وعرفه المالكية بتعريف الحنفية الأول[٣]، كما عرفوه بأنه: «صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين»[٤].

أما الشافعية فقالوا: «القضاء بالمد، أي: الحكم بين الناس»[٥]، أو هو: «إلزام من له الإلزام بحكم الشرع»[٦].

وعرفه الحنابلة بأنه: «تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات»[٧].

فالتعاريف السابقة تجتمع على أن القضاء هو: إلزام المتخاصمين بالحكم الشرعي، وتنفيذه عليهم.

ب ـ مشروعية القضاء:

الأصل في مشروعية القضاء القرآن الكريم، والسنة الشريفة، والإجماع:

(١) معين الحكام للطرابلسي: ٧.

(٢) لسان الحكام لإبراهيم الحنفي: ٢١٨.

(٣) ينظر: تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٨.

(٤) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٨٨.

(٥) فتح الوهاب للأنصاري: ٢/ ٣٦٢.

(٦) حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٤٤.

(٧) الروض المربع للبهوتي: ٣/ ٣٨٢.

- **أولاً: القرآن الكريم**: وفيه آيات عديدة، منها قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[المائدة: ٤٩]. والقضاء حكم بين الناس بالحق، وهو حكم بما أنزل الله.
- **ثانياً: السنة الشريفة**: وفيها أحاديث كثيرة تدل على ذلك، أختار منها ما رواه عمرو بن العاص[١] رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإن حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد**»[٢].
- **ثالثاً: الإجماع**: نقل بعض الفقهاء الإجماع على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس؛ لأن أمورهم لا تستقيم بدون ذلك.

النقطة الثانية ـ المقصود بالغائب في مسألة القضاء:

يراد بالغائب في هذه المسألة أحد طرفي النزاع في أي قضية يراد الفصل بها تطرح في مجلس القضاء.

ففي حالة القضاء على الغائب يقصد به الخصم المدعى عليه عندما يكون غائباً عن مجلس القضاء، أو عن البلد ـ على اختلاف بين الفقهاء في ذلك ـ

---

(١) **عمرو بن العاص**: هو عمرو بن العاص بن وائل بن هشام بن سعيد بن سعد بن سهم، أسلم سنة ثمان قبل الفتح، ولاه رسول الله ﷺ على عمان، فلم يزل عليها حتى قبض رسول الله ﷺ، وعمل لعمر وعثمان ومعاوية، سار إلى مصر فافتتحها، فلم يزل عليها والياً حتى مات عمر، فأقره عثمان عليها أربع سنين أو نحوها، ثم عزله عنها، ولاه معاوية مصر بعد حادثة التحكيم، ومات أميراً عليها وذلك سنة ثلاث وأربعين. معجم الصحابة لابن قانع: ٢/ ٨٤. الاستيعاب لابن عبد البر: ٣/ ١١٨٤. مولد العلماء ووفياتهم لابن الربعي: ١/ ١٤٠.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد الحاكم فأصاب أو أخطأ، حديث: ٧٣٥٢. ومسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث: ١٧١٦.

وسآتي على بيان حدود الغياب الذي يعتد به في الحكم على الغائب في المذاهب الفقهية بشكل مفصل في المبحث التالي بعونه تعالى.

أما في حالة القضاء للغائب، فيقصد به الشخص الغائب الذي سيفصل الحكم له، لا من جهة كونه مدعياً، بل بوصفه مدعى عنه، وذلك في حال غيابه عن ماله، وقيام حاضر بالادعاء عنه دونما توكيل منه، فالغائب هنا بمقام المدعي حكماً.

* * *

المبحث الأول
القضاء على الغائب

*** تمهيد:**

الأصل في القضايا والمخاصمات التي تعرض أمام القضاء أن يراعى في أصولها وإجراءاتها المساواة في كل شيء بين الخصمين؛ ليظهر كل واحد منها وجهة نظره، ويعبر عن رأيه بحرية تامة من أجل بيان الحق والحصول عليه، وأصل وجوب المساواة والعدل بين الخصمين، الحديث والأثر:

أما من الحديث، فقوله ﷺ: **«من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده ومجلسه»**[1].

---

(١) أخرجه أبو يعلى في المسند، حديث: ٥٨٦٧. والطبراني في المعجم الكبير، حديث: ٦٢٢. من حديث أم سلمة رضي الله عنها، واللفظ له. يقول ابن حجر: «وفي إسناده عباد بن كثير، وهو ضعيف». التلخيص الحبير: ٤/ ١٩٣.

وأما من الأثر، فكتاب عمر[١] إلى أبي موسى الأشعري[٢] رضي الله عنهما: «أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آسِ بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يخاف ضعيف من جورك. . .»[٣].

ومن تلك الأمور التي تحقق المساواة والعدل بين الخصمين، أن يحضر المدعي والمدعى عليه إلى مجلس القضاء؛ للتأكد من تحقيق العدالة، بل إن حضور المدعى عليه ألزم؛ ليتمكن من دفع التهم الموجهة إليه، أو الطعن في الحجج والبينات، أو إنكار الحق المدعى.

غير أن هذا الأمر تعتريه بعض الحالات الخاصة، كأن يكون الخصم حاضراً في البلد، ممتنعاً عن الحضور إلى مجلس القضاء؛ لسلطته أو تعززه، أو لاختفائه، أو أن يكون غائباً عن بلد المحكمة لمسافة بعيدة، أو أن يكون مجهول المكان.

فهل يسمع القاضي الدعوى في هذه الحالات، وهل يحكم على الغائب،

---

(١) **عمر بن الخطاب القرشي العدوي**: (٤٠ق.هـ ـ ٢٣هـ)، ثاني الخلفاء الراشدين، يضرب بعدله المثل، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، وبويع بالخلافة يوم وفاة أبي بكر بعهد منه، أعماله في بناء الدولة لا تحصى. أسد الغابة: ٤/ ١٧٣ صفة الصفوة: ١/ ٢٦٨. الأعلام: ٥/ ٤٥.

(٢) **أبو موسى الأشعري**: (٢١ق.هـ ـ ٤٤هـ)، عبدالله بن قيس من بني الأشعر، صحابي من الولاة الفاتحين، وأحد الحكمين يوم صفين، ولد في زبيد في اليمن، وقدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم، اعتزل يوم الجمل. أسد الغابة: ٣/ ٣٦٤. حلية الأولياء: ١/ ٥٦.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، رقم: ١٥ ـ ١٦. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراما ولا الحرام على واحد منهما حلالاً: ١٠/ ١٥٠.

أم يرد الدعوى وينتظر حضور الغائب؟

***

* المطلب الأول ـ حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال عدة، ويمكن إجمال أقوالهم تحت مذهبين اثنين: ذهب أصحاب المذهب الأول إلى السماح بالقضاء على الغائب مطلقاً، على حين ذهب أصحاب المذهب الثاني إلى منع ذلك، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

المذهب الأول ـ جواز القضاء على الغائب:

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى السماح للقاضي بالقضاء على الغائب إذا طلب المدعي ذلك، وتوافرت الشروط المطلوبة للحكم؛ وهذا ما ذهب إليه المالكية إلا ابن الماجشون[1]، والشافعية[2]، والحنابلة في إحدى الروايتين عن

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. شرح مختصر خليل للخرشي: ٣/ ١٧٢. وينظر: حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣١. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٩٧. المدونة الكبرى ٢/ ١٤. فتاوى ابن رشد: ١/ ٥٣٥. المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٤١٩. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد: ٢/ ٣٥٣.

وابن الماجشون: هو الفقيه عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون التيمي ولاءً، أصله من فارس، والماجشون جدّه ومعناه (المورّد) لقب بذلك لحمرة وجهه، كان إمام المالكية، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة، توفي سنة ٢١٢هـ. شجرة النور الزكية لابن مخلوف: ٥٦. تهذيب الكمال للمزي: ١٨/ ٣٥٩. تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: ١/ ٢٢٢. معجم المؤلفين لكحالة: ٢/ ٣١٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. وينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٥. الأم الشافعي: ٦/ ٢٤٨. فتاوى السبكي: ٢/ ٤٥٩. منهج الطلاب للأنصاري: ١٤٩.

الإمام أحمد(١)، والظاهرية(٢)، والزيدية(٣)، والإمامية (٤)، وهو قول الأوزاعي، وابن المنذر، والليث بن سعد(٥).

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠. الإنصاف للمرداوي: ١/ ٢٤٤، ١١/ ٢٩٨. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨.

والإمام أحمد: (١٦٤ ـ ٢٤١هـ)، هو ابن محمد بن حنبل أبو عبدالله، الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنبلي، أصله من مرو، ولد في بغداد، وكان مكباً على طلب العلم، وسافر في سبيله أسفاراً كثيرة، من أشهر مصنفاته: المسند، وله كتب في التاريخ وله الناسخ والمنسوخ وغيرها، وقد سجن لعدم قوله بخلق القرآن، ثم كرم بعد ذلك. مختصر طبقات الحنابلة لابن شطي: ٧. سير أعلام النبلاء: ١١/ ١٧٧.

(٢) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

(٣) البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٤) شرائع الإسلام للحلي: ٤/ ٧٧.

(٥) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. وينظر: عمدة القاري للعيني: ٢٤/ ٢٥٥. فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣. البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

والأوزاعي: (٨٨ ـ ١٥٧هـ)، هو أبو عمرو، عبد الرحمن بن عمرو بن يُحمِد، من قبيلة الأوزاع، إمام الديار الشامية في عصره في الفقه والزهد، ولد في بعلبك، وسكن دمشق، وانتقل إلى بيروت وتوفي فيها، وعرض عليه القضاء فامتنع، له كتاب: السنن في الفقه، والمسائل. الأعلام للزركلي: ٣/ ٣٢٠. حلية الأولياء للأصبهاني: ٦/ ١٣٥ ـ ١٤٩. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٧/ ١٠٧.

وابن المنذر: (٢٤٢ ـ ٣١٨هـ)، هو أبو بكر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، فقيه مجتهد، من الحفاظ، كان شيخ الحرم بمكة، صنف كتباً لم يصنف مثلها على الإطلاق ـ كما يقول الذهبي ـ من كتبه: الإجماع والاختلاف، والمبسوط في الفقه، توفي بمكة. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ٢/ ٩٨. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٤/ ٤٩٠. طبقات الفقهاء للشيرازي: ١١٨. =

المذهب الثاني ـ منع القضاء على الغائب:

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أنه ليس للقاضي أن يحكم على الغائب حتى يحضر أو يقيم وكيلاً عنه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية(١)، والإمام أحمد في إحدى الروايتين المنقولتين عنه(٢)، والإباضية(٣)، وابن الماجشون من المالكية(٤)، وشريح القاضي(٥)، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى، والثوري، وزين العابدين(٦)، وابن شبرمة في

= **والليث**: (٩٤ ـ ١٧٥هـ)، هو ابن سعد بن عبد الرحمن، الإمام الحافظ، شيخ الإسلام، وعالم الديار المصرية وإمامها في عصره في الحديث والفقه، أصله من خراسان، ولد بقلقشندة: قرية من أسفل أعمال مصر، وتوفي في القاهرة. شذرات الذهب لابن العماد: ٢/ ٣٣٩.

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٥/ ٤٠٩. مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ١٧١. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ١٠/ ٩٠.

(٣) شرح النيل لأطفيش: ١٣/ ١٦٠.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٣٥٣. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٩٧.

(٥) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦.

وشريح القاضي: (٤٢ق.هـ ـ ٧٨هـ)، هو ابن الحارث، الكوفي، ولد سنة ٤٢ قبل الهجرة، من كبار التابعين، مخضرم، ولي قضاء الكوفة زمن عمر ومن جاء بعده ستين سنة، توفي بالكوفة عام ٧٨هـ، وهو ابن ١٢٠ سنة. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ١٠٠.

(٦) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. وينظر: فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣. عمدة القاري للعيني: ٢٤/ ٢٥٥. البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

وعمر بن عبد العزيز: (٦٠ ـ ١٠١هـ)، هو ابن مروان بن الحكم، الأموي القرشي، أبو حفص، الخليفة الصالح، خامس الخلفاء الراشدين لشبهه بهم، ولد ونشأ في المدينة، وولي إمارتها للوليد، ثم استلم الوزارة بالشام، وولي الخلافة بعهدٍ من سليمان فمنع سبّ عليٍّ، توفي في المعرة، وأخباره في حسن سياسته كثيرة. الأعلام للزركلي: ٥/ ٥٠. حلية الأولياء لأبي نعيم: ٥/ ٢٥٣. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ١١٤. =

إحدى الروايتين عنه(١).

الأدلــــة:

أدلة القول الأول:

استدل جمهور الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب بالقرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

أ ـ من القرآن الكريم:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾[النساء: ١٣٥]،

= **وابن أبي ليلى**: (٧٤ـ١٤٨هـ)، هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، قاض، فقيه، من أصحاب الرأي، له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره، ولد في عام ٧٤هـ وتوفي بالكوفة في عام ١٤٨هـ. ميزان الاعتدال للذهبي: ٦/ ٢٢١. الأعلام للزركلي: ٦/ ١٨٩.

والثَّوري: (٩٧ ـ ١٦١هـ)، هو سفيان بن سعيد بن مسروق، ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ، أحد الأئمة المجتهدين في الفقه، وسيد العلماء في زمانه، من تابعي التابعين، له مذهبه الخاص، من كتبه: الجامع الكبير، والجامع الصغير في الحديث، توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٧/ ٢٢٩.

وزين العابدين: (٣٨ ـ ٩٤هـ)، هو علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، أبو الحسن، يقال له: علي الأصغر؛ ليتميز عن أخيه علي الأكبر، ولد وتوفي بالمدينة، ويعده الشيعة الإمامية رابع الأئمة الإثني عشر، وكان يضرب به المثل في الحلم والورع والتصدّق سراً، وليس للحسين عقب إلا منه. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٣٨٦. حلية الأولياء للأصبهاني: ٣/ ١٣٣.

(١) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

وابن شبرمة: عبدالله بن شبرمة، أبو شبرمة، ولد سنة اثنتين وتسعين من الهجرة، وتفقه بالشعبي، ومات سنة أربع وأربعين ومائة، قال حماد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة. طبقات الفقهاء للشيرازي: ٨٥.

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق: ٢].

وجه الاستدلال: أن الأمر بالشهادة كان عاماً، يقول ابن حزم[١]: «فلم يخص الله تعالى حاضراً من غائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر»[٢].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[المائدة: ٤٩].

وجه الاستدلال: أن الأمر بالحكم جاء عاماً ولم يفصل بين الحاضر والغائب، وهذا يفيد صحة الحكم على الغائب[٣].

ب ـ من السنة الشريفة:

استدل أصحاب هذا المذهب بعدة أحاديث أذكر منها:

١ ـ حديث السيدة عائشة رضي الله عنها[٤]، قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل

---

(١) **ابن حزم**: (٣٨٤ ـ ٤٥٦هـ)، هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، كان شافعيَّ المذهب، ثم انتقل إلى المذهب الظاهري وتبعه خلق كثير، ولد بقرطبة، وكانت له ولأبيه من قبله رياسة الوزارة وتدبير المملكة، فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف، انتقد كثيراً من العلماء، وضاع كثير من كتبه، من مصنفاته: الفصل في الملل والنحل، والمحلى، وديوان شعر، توفي في بادية لَبلة في الأندلس. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٨/ ١٨٤. الأعلام للزركلي: ٤/ ٢٥٤.

(٢) المحلى: ٨/ ٤٣٨.

(٣) البحر الزخار: ٦/ ١٢٩. وينظر: حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦٠.

(٤) **السيدة عائشة**: (٩ق.هـ ـ ٥٨هـ)، بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، أم المؤمنين، أم عبدالله، أفقه النساء، ولدت سنة ٩ قبل الهجرة بمكة، أسلمت وهي صغيرة، وبنى بها النبي ﷺ في شوال بعد وقعة بدر، وكانت أحب النساء إليه، روت ٢٢١٠ أحاديث، لها مناقب كثيرة، توفيت بالمدينة سنة ٥٨هـ ودفنت بالبقيع. =

شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: **«خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»**(١).

وجه الاستدلال: في قوله ﷺ: **«خذي من ماله.. ما يكفيك..»**، وهذا القول من رسول الله ﷺ كان قضاء لهند على زوجها وزوجها غائب، ولو كان فتوى لقال لها: لك أن تأخذي، أو لا بأس عليك ونحوه، ولم يقل لها: خذي؛ لأن المفتي لا يقطع، فما قطع كان حكماً(٢).

= الإصابة لابن حجر: ٨/ ١٦. تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: ١/ ٢٨. سير أعلام النبلاء: ٢/ ١٣٥.

(١) أخرجه البخاري،كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من غير علمه، حديث: ٥٣٦٤، ومسلم كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث: ١٧١٤ ـ ٣/ ١٣٣٨، واللفظ له.

وهند: هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية، والدة معاوية بن أبي سفيان، أخبارها قبل الإسلام مشهورة، شهدت أحداً وفعلت ما فعلت بحمزة، كانت تؤلب على المسلمين إلى أن جاء الله بالفتح فأسلمت يوم الفتح، ماتت في خلافة عمر، وجزم ابن سعد بأنها ماتت في خلافة عثمان. الطبقات الكبرى لابن سعد: ٨/ ٢٣٥. الإصابة لابن حجر: ٨/ ١٥٥.

وأبو سفيان: هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي مشهور باسمه وكنيته، كان أسن من النبي ﷺ بعشر سنين، وهو والد معاوية، أسلم عام الفتح وشهد حنيناً والطائف، كان من المؤلفة، وكان قبل ذلك رأس المشركين يوم أحد ويوم الأحزاب، مات في آخر خلافة عثمان وقيل: مات سنة أربع وثلاثين. الإصابة لابن حجر: ٣/ ٤١٢.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. وينظر: حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب: ٤/ ٣١٥. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٥.

قال ابن المنذر: «هذا حكم منه بالنفقة وأبو سفيان ليس بحاضر، ولم ينتظر حضوره»[١].

ويقول ابن فرج القرطبي[٢] معلقاً على هذا الحديث: «فيه من الفقه القضاء على الغائب»[٣].

٢ ـ قوله ﷺ: «البينة على المدعي»[٤]:

وجه الاستدلال: العموم في هذا الحديث، فلم يفرق في المدعى عليه بين حاضر أو غائب[٥].

٣ ـ حديث أنس رضي الله عنه[٦]: «أن نفراً من عكل ثمانية قدموا على رسول الله ﷺ، فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض، فسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ، فقال: **«أفلا تخرجون مع راعينا في إبله،**

---

(١) حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب: ٤/ ٣١٥.

(٢) **ابن فرج القرطبي:** (٤٠٤هـ ـ ٤٩٧هـ)، محمد بن الفرج المالكي، أبو عبدالله، ابن الطلاع، مفتي الأندلس ومحدثها في عصره، له كتاب أقضية رسول الله ﷺ، وكتاب في الشروط، وغير ذلك. الأعلام للزركلي: ٦/ ٣٢٨.

(٣) أقضية رسول الله لابن فرج القرطبي: ١٠٩.

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، حديث: ١٣٤١، من حديث عمرو بن العاص، وقال: «هذا حديث في إسناده مقال من قبل محمد بن عبيدالله العرزمي من قبل حفظه». والبيهقي في السنن الكبرى من حديث ابن عباس، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه: ١٠/ ٢٥٢. وقد حسن الحافظ ابن حجر إسناده، ينظر: فتح الباري: ٥/ ٣٥٤.

(٥) الذخيرة للقرافي: ١٠/ ١١٣. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٥.

(٦) **أنس بن مالك رضي الله عنه:** هو ابن مالك بن النضر الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ، وأحد المكثرين من رواية الحديث، توفي سنة ٩٣هـ، وكان من آخر الصحابة موتاً بالبصرة. الإصابة لابن حجر: ١/ ١٢٦. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٣/ ٣٩٥.

فتصيبون من ألبانها وأبوالها»، قالوا: بلى، فخرجوا، فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحوا، فقتلوا الراعي وطردوا النعم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأرسل في آثارهم فأدركوا، فجيء بهم، فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم، وسمر أعينهم، ثم نبذهم في الشمس حتى ماتوا»[(١)].

وجه الاستدلال: حكم رسول الله ﷺ على أولئك النفر وهم غائبون، فقد أتبعهم بقائف حتى أدركوا، واقتص منهم[(٢)].

٤ ـ وثمة دليل أورده صاحب البحر الزخار[(٣)]، قال: ولحكمه ﷺ لمن وافى بالحضور دون خصمه في رواية أبي موسى. وذلك فيما يبدو إشارة منه إلى ما رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه، أن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما[(٤)]، قال: «أما علمت أن رسول الله ﷺ كان إذا اختصم الرجلان عنده، فاتعدا الموعد، فجاء أحدهما ولم يأت الآخر، قضى رسول الله ﷺ للذي جاء على الذي لم يجيء»[(٥)].

---

(١) أخرجه البخاري، في كتاب الديات، باب القسامة، حديث: ٦٨٩٩، وفي الحدود، باب لم يحسم النبي المحاربين من أهل الردة حتى هلكوا، حديث: ٨٦٠٤. ومسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص، باب حكم المحاربين والمرتدين، حديث: ١٦٧١. وسمر أعينهم بالراء، أي: أحمى لها مسامير الحديد وكحلهم بها، وفي رواية: «سمل أعينهم» والسمل: هو فقوء العين بشوك أو غيره. ينظر: طلبة الطلبة للنسفي: ٨.

(٢) حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب: ٤/ ٣١٥. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٨.

(٣) البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٤) **معاوية بن أبي سفيان**: (٢٠ق.هـ ـ ٦٠هـ)، ولد بمكة وأسلم يوم فتحها، ولاه عمر الأردن ودمشق، ثم وجه علي بعزله بعد وفاة عثمان، ونشبت الحرب بينهما، وانتهت إلى إمامة معاوية في الشام، وكان من أعظم الفاتحين في الإسلام. أسد الغابة: ٥/ ٢٠١.

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط، حديث: ٧٥٤١. وهو في مجمع الزوائد، كتاب الأحكام، باب في الخصمين يتعدان ولم يأت أحدهم: ٤/ ١٩٨. يقول الهيثمي: =

وجه الاستدلال: قضاء النبي ﷺ للخصم الذي حضر، مع أن خصمه غائب، والغائب هنا في حكم الممتنع عن الحضور؛ لأنه أخلف الموعد مع علمه به ولم يحضر.

ج - من الإجماع:

استدلوا ببعض الأقضية والأحكام التي وردت عن الصحابة الكرام، وبعض مشاهير التابعين دون معارضة من الصحابة، فعدوا ذلك إجماعاً على جواز القضاء، ومن ذلك:

١ - ما ورد من قضاء عمر، وعثمان، وعلي، وابن الزبير[١]، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لزوجة الغائب ولم يخالف هذا القضاء أحد من الصحابة، فكان إجماعاً على جواز القضاء على الغائب[٢].

= «رواه الطبراني في الأوسط وفيه خالد بن نافع الأشعري، قال أبو حاتم: ليس بقوي يكتب حديثه، وضعفه الأئمة».

(١) **عثمان بن عفان بن أبي العاص:** (٤٧ ق.هـ - ٣٥هـ)، من قريش، أمير المؤمنين ذو النورين، ولد بمكة قبل الفيل بست سنين، وأسلم بعد البعثة بقليل، وجهز جيش العسرة بماله، وروى: ١٣٦ حديثاً، قتل صبيحة عيد الأضحى. الإصابة: ٤/ ٤٥٦.
وعلي بن أبي طالب: (٢٣ق.هـ - ٤٠هـ)، أمير المؤمنين، ابن عم النبي ﷺ وصهره، وأول الناس إسلاماً من الصبيان، رُبي عند النبي ﷺ، ولي الخلافة بعد مقتل عثمان، وخاض موقعة الجمل وصفين والنهروان. روى ٥٨٦ حديثاً. الرياض النضرة للطبري: ٢/ ١٠٣.
وعبدالله بن الزبير بن العوام: الصحابي الجليل، أمه أسماء بنت أبي بكر، فتح إفريقيا زمن عثمان، وبويع بالخلافة بعد موت يزيد، فحكم مصر واليمن والحجاز والعراق وأكثر الشام مدة ٩ سنين، قتل في الكعبة سنة ٧٣هـ. صفة الصفوة: ١/ ٣٤٢. الثقات: ٣/ ٢١٢.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٤٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧ - ١٠٨.

٢ ـ ما روي أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: أما بعد أيها الناس، فإن الأُسَيْفِعَ: أسيفع جُهَيْنَة، رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد أدان معرضاً، فأصبح قد رِيْنَ به، فمن كان له عليه دين، فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه[١].

وجه الاستدلال: أن الأسيفع كان غائباً، ومع ذلك فإن عمر رضي الله عنه حكم عليه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك[٢].

د ـ القياس:

استدل الجمهور على جواز القضاء على الغائب بالعديد من حالات القياس، ذكروها بشكل متفرق أذكر منها:

١ ـ قياس الغياب على الموت والصغر في العجز عن دفع الدعوى[٣]، فرأوا أن الغياب ليس بأعظم من الصغر والموت في العجز عن الدفع، فإذا جاز

(١) أخرجه الإمام مالك في موطئه: ٢/ ٥٩٠، كتاب الوصية باب جامع القضاء وكراهيته، رقم: ٨. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من أجاز القضاء على الغائب: ١٠/ ١٤١. والأسيفع: اسم رجل، وهو تصغير الأسفع، من السفعة: وهي السواد، وأسيفع جهينة كرره على وجه الإضافة إلى قبيلته جهينة، وتمييزاً له عن غيره الذي يسمى باسمه، ورين به، ويروى: دين به، أي: أحاط الدين بماله، وأدان معرضاً أي: استهلك الدين ماله، فأعرض بأموال الناس مستهلكاً لها متهاوناً، والمعنى: أنه استدان ما وجد ممن وجد غير مبال بذلك، حتى أحاط الدين بماله، فلا يدري ماذا يصنع. ينظر: طلبة الطلبة للنسفي: ١٤٢. المغرب للمطرزي، مادة: سفع. المنتقى للباجي: ٦/ ١٩٧.

(٢) الذخيرة للقرافي: ١٠/ ١١٤. المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٤١٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨.

الحكم على الصغير والميت، مع عجزهما عن الدفع والطعن، فليجز على الغائب أيضاً[1]؛ لأن حقه في الدفع والطعن محفوظ في حال حضوره، وهذا قياس بالأولى.

٢ ـ قياس البينة العادلة على الغائب على البينة العادلة على الحاضر، فإذا كانت البينة هي الدليل الذي يثبت الحق، فإنها كما أثبتت الحق على الحاضر وحكم بها، فإنها كذلك تثبت الحق على الغائب، ويحكم عليه بما أثبتته هذه البينة[2].

٣ ـ قياس الغائب على الساكت في سماع البينة، فالغيبة ونحوها كالسكوت، والبينة تسمع على الساكت ويحكم بها، فتسمع البينة ويحكم بها على الغائب كما حكم بها على الساكت[3].

هـ ـ **المعقول**: وذلك من وجوه عدة:

١ ـ ضرورة حفظ أموال الناس وحقوقهم، فإذا قامت البينة العادلة على ثبوت أي حق من حقوق الناس، فإن عدم الحكم بها ـ وإن كان المحكوم عليه غائباً ـ يؤدي إلى إضاعة حقوق الناس، بل قد يتخذ كثير من الناس هذه الذريعة وسيلة لعدم الوفاء بحقوق الناس، فإذا كان الحكم على الغائب غير جائز، تمكن كل ممتنع عن الأداء من الغياب، وبذلك تضيع حقوق الناس التي شرع الحكم بين الناس من أجل المحافظة عليها، كي تستقيم الحياة ويعطى كل ذي حق حقه[4].

---

(١) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٤١٩. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٩٨. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٣٥٤.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨.

٢ ـ إن الحكم على الغائب لا يترتب عليه إضرار به؛ لأنه يستطيع الطعن في الحكم عند عودته ويثبت عدم صحته، ويمكنه أن يطلب إلغاء هذا الحكم إذا أثبت عدم صحة الأدلة التي بني الحكم عليها، فما دام حق الطعن ثابتاً له فيمكنه الطعن بالحكم ودفعه إن وجد ثمة مطعن، وإلا فإن أداء الحق واجب عليه[1].

٣ ـ إذا كانت البينة خارج بلد الخصم المدعى عليه، فإن الحاجة إلى الحكم بناءً على البينة، تستدعي القول بجواز القضاء على الغائب[2].

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بمنع القضاء على الغائب بالقرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أ ـ من القرآن الكريم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾[ص: ٢٦].

وجه الاستدلال: في الأمر في قوله تعالى: فاحكم بين الناس بالحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق، وهذا يتم بحضور الخصمين وسماع كلام كل منهما[3].

ب ـ من السنة الشريفة: استدلوا لذلك بعدة أحاديث منها:

---

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٢. حاشية الشرواني: ١٠/ ٣٦٣.

(٢) حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب: ٤/ ٣١٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣.

١ ـ الحديث الذي أورده الحنفية في أكثر كتبهم، مما يجعله عمدة الأدلة عندهم[(١)]، فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء، فقال: **«إن الله جل ثناؤه سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»**، قال: فما زلت قاضياً، وما شككت في قضاء بعد»[(٢)].

وجه الاستدلال: في قوله ﷺ: **«فلا تقضين حتى تسمع من الآخر»**، فقد منع رسول الله ﷺ الحاكم من القضاء قبل سماع كلام الخصمين، فإذا حكم القاضي على الغائب، فقد أهمل سماع كلام واحد من الخصمين، وخالف بذلك النهي الوارد عن رسول الله ﷺ.

فجهالة كلام الخصم مانعة من القضاء عليه بمقتضى هذا الحديث، وبسماع كلام الخصم يتضح القضاء، ويتبين الحكم، فإذا كان الخصم غائباً تعذر على القاضي سماعه، ولم يتضح له كيف يقضي عليه، فإن حضر الطرفان وأدلى كل بحجته، ورد كلام خصمه بدفوعه، تبين للقاضي وجه القضاء، وزالت عنه الجهالة بحال الخصم[(٣)].

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١٧/ ٣٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٢. فتح القدير للكمال بن الهمام: ٧/ ٣٠٨. وينظر: عمدة القاري للعيني: ٢٤/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

(٢) أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما، حديث: ١٣٣١، وقال: «هذا حديث حسن». وأبو داود، كتاب الأقضية، باب كيفية القضاء، حديث: ٣٥٨٢. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من دعي إلى حكم: ١٠/ ١٤٠. واللفظ للبيهقي.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١٧/ ٣٩.

وقد ذكر بعض العلماء أن هذا الحديث فيه دليل على أن الحاكم لا يقضي على الغائب من باب أولى، ذلك أن رسول الله ﷺ منع من القضاء لأحد الخصمين وهما حاضران ما لم يسمع كلام الآخر منهما، فكان الغائب أولى بالمنع؛ للجزم بعدم سماعه، ولإمكان أن يكون معه حجة ترد دعوى الآخر منهما وتبطل حجته(1).

٢ ـ الحديث الذي أورده ابن رشد(2)، وقال: هو عمدة من منع القضاء على الغائب، وهو عن أم سلمة رضي الله عنها(3) أن النبي ﷺ سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: **«إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»**(4).

وجه الاستدلال: في قول رسول الله ﷺ: **«فأقضي له على نحو ما أسمع»**، وفي ذلك دلالة على أن القاضي يجب أن يسمع كلام الخصمين، فلا يحكم إلا بعد سماعه حجة كل منهما من بينة، أو إقرار، أو إنكار، فإذا حكم على الغائب فقد خالف الحديث؛ لأنه بنى حكمه على سماع الحاضر دون الغائب.

---

(1) تحفة الأحوذي للمباركفوري: ٤/ ٤٦٨، ويقول المباركفوري: «قال الأشرف: لعل مراد الخطابي بهذا الغائب: الغائب عن محل الحكم فحسب، دون الغائب لمسافة القصر، فإن القضاء على الغائب لمسافة القصر جائز».

(2) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٣٥٣.

(3) أم سلمة: هند بنت حذيفة، أم المؤمنين، قرشية، من المهاجرات الأول، هاجرت إلى الحبشة مرتين، استشهد زوجها من جرح أصيب به يوم أحد، وتزوجها رسول الله ﷺ في السنة الرابعة للهجرة، توفيت سنة ٥٩هـ ولها ٨٤ سنة، ودفنت بالبقيع. الإصابة لابن حجر: ٨/ ٢٢١.

(4) أخرجه البخاري، كتاب الحيل، باب دون ترجمة، حديث: ٦٩٦٧. ومسلم، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث: ١٧١٣.

٣ ـ حديث المساواة بين الخصمين، وهذا ما ذكره ابن حجر[١]، عندما قال: واستدلوا بحديث المساواة بين الخصمين[٢]، ولعل مراد ابن حجر ـ رحمه الله ـ حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضين وهو غضبان، وليسو بينهم بالنظر، والمجلس، والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين فوق الآخر**»[٣].

وجه الاستدلال: هو قوله ﷺ: «**وليسوِّ بينهم بالنظر والمجلس والإشارة**»، وهذا أمر بالمساواة بين الخصمين في المجلس والسماع والنظر، وهذه المساواة تستلزم وجود الخصمين معاً في مجلس الحكم، فإذا غاب الخصم المدعى عليه، تعذرت المساواة المأمور بها في هذا الحديث.

٤ ـ أورد صاحب البدائع[٤] حديثاً آخر واستدل به لهذا المذهب، وهو حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه: أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ، فقال

---

(١) **ابن حجر**: (٧٧٣ ـ ٨٥٢هـ)، أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، وابن حجر لقب بعض آبائه، من أئمة العلم والتاريخ، أصله من عسقلان بفلسطين، ومولده ووفاته في القاهرة، ولع بالشعر والأدب ثم أقبل على الحديث، ورحل في طلبه واشتهر فقصده الناس، ولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل، تصانيفه كثيرة جليلة منها: الدرر الكامنة، ولسان الميزان، وتهذيب التهذيب، والإصابة، وفتح الباري. البدر الطالع للشوكاني: ١/ ٨٧. الضوء اللامع للسخاوي: ٢/ ٣٦. الأعلام للزركلي: ١/ ١٧٨.

(٢) فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٤.

(٣) أخرجه أبو يعلى في مسنده، حديث: ٥٨٦٧، وهو عند الطبراني في المعجم الكبير: ٢٣/ ٢٨٤، حديث: ٦٢٢بلفظ: (فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده ومجلسه)، وهو في مجمع الزوائد، كتاب الأحكام، باب التسوية بين الخصمين: ٤/ ١٩٧. وقال الهيثمي: «رواه أبو يعلى والطبراني في الكبير باختصار، وفيه: عباد بن كثير الثقفي، وهو ضعيف»، وينظر أيضاً: جمع الفوائد للروداني: ١/ ٣٩٤.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣.

له: **«اقض بينهما»**، فقال: أقضي بينهما وأنت حاضر يا رسول الله؟! قال: **«اقض بينهما بالحق»**[١].

وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ أمر بالقضاء بين الخصمين بالحق، والقضاء بالحق يستلزم حضور الخصمين، والحكم بالبينة لا يحقق ذلك؛ لاحتمال الكذب فيها.

يقول صاحب البدائع: «والحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق، فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات، ولم يظهر حال الغيبة»[٢].

ج ـ الإجماع:

نقل ابن حزم ـ رحمه الله ـ الإجماع بعد أن أورد أثراً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه أتاه رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر: تحضر خصمك، فقال له: يا أمير المؤمنين، أما بك من الغضب إلا ما أرى؟!، فقال له عمر: فلعلك فقأت عيني خصمك معاً! فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر رضي الله عنه: إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء[٣].

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الأحكام: ٤/ ٨٨، ولم يذكر فيه: (بالحق)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وخالفه الذهبي في ذلك وقال: في إسناده فرج، وقد ضعفوه، وهو عند الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك: ٤/ ٢٠٣، وليس فيه أيضاً قوله: (بالحق)، ولم أعثر على هذه الزيادة إلا عند صاحب البدائع: ٦/ ٢٢٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦.

وجه الاستدلال: أن عمر رضي الله عنه امتنع عن الحكم قبل حضور الخصم الغائب، والقضاء على الغائب لا يتبين فيه الحق، ولذلك قال عمر رضي الله عنه: إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء.

يقول ابن حزم: «قالوا: ولا يعلم لعمر مخالف من الصحابة في ذلك»[١].

ويشهد لذلك ما نقل عن بعض التابعين مما يؤيد هذا الأمر، كشريح القاضي رضي الله عنه الذي كان يقول: لا يقضى على غائب، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الذي نقل قول لقمان[٢]: إذا جاءك الرجل وقد سقطت عيناه في يده، فلا تقض له حتى يأتي خصمه[٣].

د ـ المعقول:

وفيه عدة نقاط:

١ ـ إن الهدف من تشريع القضاء حسم الخصومات والمنازعات بين المتخاصمين، فإذا كان المدعى عليه غائباً فليس ثمة منازعة؛ لعدم الخصومة من المدعى عليه، وبالتالي ليس ثمة نزاع، ولا حاجة للقضاء من غير نزاع ومخاصمة، والغائب يتعذر عليه الإقرار أو الإنكار، لذلك لا يقضى عليه[٤].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) **لقمان**: اختلف فيه، فقيل هو لقمان بن باعوراء بن ناحور بن تارح وهو آزر أبو إبراهيم، وقيل هو لقمان بن عنقاء، وقيل: هو ابن أخت أيوب، وقيل: كان من أولاد آزر، عاش ألف سنة، وأدركه داود ﷺ وأخذ عنه العلم، واختلف في نبوته أيضاً، قال بنبوته عكرمة والشعبي، وقال سعيد ومجاهد: كان لقمان رجلاً صالحاً، أعطاه الله تعالى الحكمة ومنعه النبوة. تفسير القرطبي: ١٤/ ٥٩. تفسير الطبري: ١٢/ ٦٦.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦ ـ ٤٣٧.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١. فتح القدير للكمال بن الهمام: ٧/ ٣٠١. العناية شرح الهداية للبابرتي: ٧/ ٣٠٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧. روضة القضاة للسمناني: ١/ ١٩٠.

ثم إن وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة؛ لأنه يحتمل أن يقر الخصم، ويحتمل أن ينكر، وأحكامهما مختلفة[١].

٢ ـ البينة ليست حجة مطلقة، ولا تعد حجة إلا إذا عجز المدعى عليه عن الطعن فيها بما يبطلها، وعجز عن دفع هذه الحجة.

فإذا استطاع المدعى عليه دفع هذه الحجة وطعن فيها بما يبطلها لم تكن حجة، والعجز عن الطعن أو الدفع لا يسلم إلا مع حضور الخصم، أو حضور نائب عنه، أي أن الغائب لا يمكنه الدفع أو الطعن، ولذلك لا تعد البينة حجة أو برهاناً في حقه، ولا حكم بلا برهان.

ثم إن شرط العمل بالبينة الإنكار، حتى إنها لا تسمع على مقر، ولا يقضى إذا سبق الإقرار حكم القضاء، فإن كان المدعى عليه غائباً فإن شرط العمل بها غير موجود، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط، وهو صحة الحكم[٢].

٣ ـ لا يجوز الحكم على الغائب؛ لأنه قد يملك من الأدلة والبراهين ما يبطل البينة، أو يقدح فيها[٣].

٤ ـ من الوجوه أيضاً ما أورده ابن حجر ـ رحمه الله ـ بأنه لو جاز الحكم مع غيبته لم يكن الحضور واجباً عليه[٤].

٥ ـ قالوا في استدلالهم على جواز القضاء على الغائب، إن كان له خصم حاضر، كوكيل أو وصي أو وارث: إن الوكيل أو الوصي نائبان عنه بصريح

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١.

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام: ٧/ ٣٠٨ ـ ٣٩.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٧.

(٤) فتح الباري: ١٣/ ٢١٤.

النيابة، والوارث نائب عنه شرعاً، وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه، فلا يكون قضاءً على الغائب معنىً؛ لأن الوكيل أو الوصي يقوم مقام الغائب في الإقرار أو الإنكار، كما يقوم مقامه في الطعن في البينة أو الشهود، فحضور نائب عنه يجيز القضاء؛ لأنه يعد قضاءً على الحاضر حقيقة ومعنى(١).

مناقشة الأدلة:

أولاً ـ مناقشة أدلة القائلين بجواز القضاء على الغائب:

أ ـ مناقشة الآيات الكريمة:

يمكن أن تناقش الآيات الكريمة التي استدلوا بعمومها على جواز القضاء على الغائب، بأن عموم هذه الآيات غير مسلم به، فقد ذهب بعض العلماء إلى تخصيصها بقضايا معينة، وأخرجوا بذلك الغائب؛ إذ لا تقام الشهادة على كل مدعىً عليه، إنما تقام على الممتنع المانع للحق.

يقول الجصاص(٢) ـ رحمه الله ـ في قوله تعالى: ﴿شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾[النساء: ١٣٥]: «يعني ـ والله أعلم ـ فيما إذا كان الوصول من طريق الشهادة، فتضمن ذلك الأمر بإقامة الشهادة على الظالم المانع من الحق للمظلوم صاحب الحق؛ لاستخراج حقه منه، وإيصاله إليه»(٣).

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣.

(٢) **الجصاص**: (٣٠٥ ـ ٣٧٠هـ = ٩١٤ ـ ٩٨٠م)، أحمد بن علي الرازي، أبو بكر، فقيه مجتهد فاضل من أهل الري، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة الحنفية، وامتنع عن استلام القضاء. من مصنفاته: أحكام القرآن، وله كتاب في أصول الفقه. سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٣٤٠. الفوائد البهية للكنوي: ٢٧ ـ ٢٨. الأعلام للزركلي: ١/ ١٧١. معجم المؤلفين لكحالة: ٢/ ٧.

(٣) أحكام القرآن للجصاص: ٣/ ٢٧٢.

ويقول في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق: ٢]: «أمر بإقامة الشهادة عند الحكام على الحقوق كلها؛ لأن الشهادة اسم للجنس، فانتظم معنيين: أحدهما: إقامة الشهادة، والآخر: أن إقامة الشهادة حق لله تعالى، وأفاد ذلك تأكيد الحق والقيام به»(١).

فالآيتان لا تدلان على القضاء على الغائب، والغائب لا يدخل في عمومهما؛ لأن إقامة الشهادة حق لله تعالى، والأمر بإقامة الشهادة خاص بالظالم المانع من الحق، ولا علاقة للمقر الغائب بذلك، وكذلك الآية الثالثة، فقد بينت أن الحكم يجب أن يكون بما أنزله الله، والله تعالى أنزل إقامة الشهادة وجعلها حقاً له، وإقامة الشهادة خاص بالمنكر الممتنع، مما يخرج منها الغائب العاجز عن الإنكار.

ب ـ مناقشة الأحاديث التي استدل بها الجمهور:

١ ـ حديث السيدة عائشة رضي الله عنها، وفيه القضاء على أبي سفيان.

يمكن إجمال الانتقادات التي وجهت للاستدلال بهذا الحديث في أمرين اثنين:

الأول: إن أبا سفيان كان حاضراً في ذلك المجلس، **والثاني**: إن قول رسول الله ﷺ كان إفتاءً ولم يكن قضاءً.

وقد رد الإمام النووي ـ وهو من القائلين بجواز القضاء على الغائب ـ الاستدلال بهذا الحديث، ورأى عدم صحة ذلك؛ لأن أبا سفيان كان حاضراً بمكة، ولم يكن متخفياً ولا ممتنعاً، والواقعة هذه كانت في فتح مكة، لما حضرت هند للمبايعة، وشرط القضاء على الغائب أن يتحقق غيابه عن البلد، أو

---

(١) أحكام القرآن للجصاص: ٥/ ٣٥١.

أن يتخفى ويستتر بحيث يتعذر الوصول إليه، وهذا الشرط لم يكن موجوداً في أبي سفيان، فلا يكون قضاءً على الغائب، والأصح كما يقول الإمام النووي ـ رحمه الله ـ أنه كان إفتاء[١]، وقد ذكر الرافعي[٢] ـ رحمه الله ـ ما يدل على أنه إفتاء[٣]، وهو أن النبي ﷺ لم يطلب منها أن تحلف اليمين لحق الغائب، ولم يقدر لها نصيباً محدداً عندما حكم لها بأن تأخذ من مال أبي سفيان، إضافة إلى أن الحكم لم يسبق بدعوى بما تطلب[٤].

ومما رجح ذلك أيضاً أن هنداً سألت النبي ﷺ ذلك بطريقة استفهامية، فقالت: هل علي جناح؟ وهذا الاعتراض آت من بعض العلماء الذين ذهبوا إلى جواز القضاء على الغائب، والحديث عندهم لا يعدو أن يكون فتوى بالسماح لها بأخذ النفقة، والدليل إذا طرقه الاحتمال، بطل الاستدلال به.

ويؤكد هذا ما ذهب إليه ابن رشد ـ رحمه الله ـ عندما قال بعد أن أورد هذا الدليل: «ولا حجة فيه؛ لأنه لم يكن غائباً عن المصر»[٥].

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووي: ١٢/ ٨. وينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. إحكام الأحكام لابن دقيق العيد: ٢/ ٢٦٩. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي: ١١٢ ـ ١١٤.

(٢) **الرافعي**: (٥٥٧ ـ ٦٢٣هـ)، عبد الكريم بن محمد أبو القاسم، فقيه من كبار الشافعية، وكان يفسر ويحدث، توفي في قزوين، كان صالحاً زاهداً، من كتبه: المحرر، والعزيز في شرح الوجيز للغزالي. شذرات الذهب لابن العماد: ٧/ ١٨٩. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ٢/ ٧٦. الأعلام للزركلي: ٤/ ٥٥.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨.

(٤) حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب: ٤/ ٣١٥.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٣٥٣.

وردّ الحنفية ومن معهم أيضاً الاستدلال بهذا الحديث بالاعتراضات السابقة، وقالوا: ما هو إلا استفتاء وجواب، فضلاً عن أن هنداً لم تدع الزوجية، ولم تقم البينة، والنبي ﷺ كان عالماً بأنها امرأته[١]، وكان يعلم استحقاقها للنفقة[٢]، فقوله ﷺ لم يكن على وجه القضاء أبداً.

وأجاب بعض الشافعية عن الاعتراضات السابقة، ودللوا على غياب أبي سفيان بقول هند: «لا يعطيني»، ولو كان حاضراً لقالت: «لا ينفق علي»؛ لأن الأصل أن يباشر الزوج الإنفاق[٣].

واستدلوا لتوجيههم الحديث بأنه قضاء، بالتعبير الذي ورد بصيغه الأمر، حيث قال رسول الله ﷺ لها: «خذي»، ولو كان فتيا لقال لها: لك أن تأخذي، أو لا حرج عليك إذا أخذت، ونحوه[٤]، وأجابوا عن عدم تحليفها اليمين: بأن النبي ﷺ كان يعلم صدقها في كل ما ادعت به، أما عن عدم تحديده لنصيب معين، فلأن مرد ذلك إلى العرف، وقالوا عن أسلوب الاستفهام الذي استخدمته: ليس ثمة مانع من أن يكون ذلك بأسلوب استفهامي من طالب الحكم[٥].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١.

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي: ٧/ ٣٠٩.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٣٨، وقد ضعف ابن حجر رحمه الله هذا الرد؛ لاحتمال أن يكون من عادة الزوج أن يعطي زوجته النفقة جملة واحدة، ثم يأذن لها بالإنفاق بعد ذلك على مراحل متفرقة، وقد أورد ابن حجر بعض الروايات التي تثبت حضور أبي سفيان، ثم عقب على ذلك بالقول: «إن القصة يمكن أن تكون متعددة». وينظر أيضاً: التلخيص الحبير لابن حجر: ٤/ ١٠٠.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٥.

(٥) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٣٨.

٢ ـ حديث: **«البينة على المدعي»**:

رد بعض الحنفية استدلال الجمهور بهذا الحديث على جواز القضاء على الغائب، وقالوا: لا حجة فيه لجواز القضاء، بل لمنعه؛ لأن البينة اسم لما يحصل به البيان، والبيان المقصود هنا في حق المدعى عليه لا في حق المدعي؛ لأن بيان المدعي حاصل بقوله، ولا في حق القاضي؛ لأنه ظاهر بقول المدعي، والحاجة إلى البيان إنما تكون في حق الخصم الجاحد، وهذا لا يكون إلا بحضوره[(١)]، ولا تكون البينة حجة عليه إلا في حال عجزه عن الطعن بها، أو دفعها بما يبطلها، وهذا يتطلب حضوره[(٢)].

وموضع النزاع كما ذكر الحنفية في حدود صلاحية القاضي في هذه المسألة، هل يجوز له أن يحكم على الغائب أم لا؟

وليس في حديث: **«البينة على المدعي»** ما يدل على حسم النزاع من نفي أو إثبات، فكيف يستدل به على جوازا الحكم على الغائب؟ وقد ورد نفي ذلك في حديث علي كرم الله وجهه: **«لا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول»**[(٣)].

٣ ـ حديث أبي موسى الذي حكم فيه رسول الله ﷺ لمن وافى بالحضور دون خصمه:

انتقد هذا الحديث بالضعف من جهة سنده، فقد ذكر صاحب مجمع الزوائد بأن فيه خالد بن نافع الأشعري، الذي ضعفه الأئمة[(٤)].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١ ـ ١٩٢.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٧/ ٣٩.

(٣) سبق تخريج هذا الحديث، ص: ٤٤. وينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي: ٧/ ٣٠٩.

(٤) مجمع الزوائد للهيثمي: ٤/ ١٩٨. =

ج ـ مناقشة الإجماع:

يمكن أن تناقش دعوى الإجماع بأنها غير مسلم بها، وذلك أن عدم وجدان المخالف لا يدل على عدم وجوده، ولو ثبت الإجماع لما وقع الخلاف بين العلماء في هذا المسألة.

د ـ مناقشة القياس:

ناقش الحنفية القياسات التي استدل بها الجمهور بما يأتي:

١ ـ إن قياس البينة العادلة على الغائب على البينة العادلة على الحاضر لا يستقيم؛ لوجود عدة فروق، فالغائب قد يقدح بالبينة وقد يقر، والإقرار والقدح يبطلان البينة[١].

٢ ـ اعترضوا على قياس الغائب على الساكت بأنه لا يصح أيضاً؛ لأن الشرع أنزل الساكت منزلة المنكر حملاً لأمره على الصلاح، والمعهود في المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق، كما أن في عده منكراً رفعاً لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي وتأخير سماع الحجة، أو منعه من الوصول إلى حقه، لذلك عد الإنكار موجوداً حكماً؛ ليتمكن المدعي من الوصول إلى حقه وذلك بسماع حجته[٢]. ولم يتعرض الحنفية في معرض ردودهم لقياس الجمهور على الموت والصغر.

= **وخالد بن نافع الأشعري**: كوفي من أولاد أبي موسى رضي الله عنه، ضعفه أبو زرعة والنسائي، وقال أبو حاتم: ليس بقوي، يكتب حديثه، واعترض على تضعيفه بأن أحمد ابن حنبل ومسدد قد حدثا عنه فلا يستحق الترك، وذكره ابن حبان في الثقات. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٢/ ٤٢٩. الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي: ٣/ ٢٦. لسان الميزان لابن حجر: ٢/ ٣٨٨.

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١ ـ ١٩٢.

(٢) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣٠٨.

هـ ـ مناقشة المعقول:

اعترض الحنفية على دليل المعقول بما يأتي:

١ ـ إن الحكم على الغائب يتعارض مع ضرورة حفظ أموال الناس التي احتج الجمهور بها، فحفظ أموال الحاضرين وحقوقهم ليس بأدنى من حفظ أموال المدعى عليهم الغائبين وحقوقهم، ومن حقوقهم الاعتراض والدفع والطعن، وهذه ممتنعة في غيابهم[١].

٢ ـ أما القول بأن الحكم على الغائب ليس فيه إضرار بالغائب، بأن تأخير الحكم لحين حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة.

فيجاب عنه: بأن انتظار المدعى عليه مفيد؛ لاحتمال أن يطعن بالشهود ويثبت ذلك، أو أن يسلم بالدعوى، أو أن يدعي الأداء ويثبت ذلك، أو أن يقر قبل القضاء بالبينة، فيبطل عندها الحكم بالبينة، ومع أن وقوع ذلك ممكن، إلا أن فيه إبطالاً لحكم وقع، وعدم إبطال الحكم يعد من أجل الفوائد، فالانتظار مطلوب[٢].

٣ ـ إن البينة لا تعد حجة إلا في حال النزاع، بشرط عجز المنكر عن الطعن في الشهود، وكيف يتحقق عجز المدعى عليه حال غيابه؟[٣].

ثانياً ـ مناقشة أدلة المانعين:

أ ـ الآيات الكريمة:

يمكن أن يجاب على استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾[ص: ٢٦]، بأن هذه الآية عامة تشمل القضاء بالحق على الغائبين

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١٧/ ٣٩.

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي: ٧/ ٣٠٨.

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام: ٧/ ٣٠٨ ـ ٣٠٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١.

والحاضرين على حد سواء.

ثم إن القضاء على الغائب إنما يتم اعتماداً على حجة عادلة، وهذا قضاء بالحق، خلافاً للقضاء الذي يبرم بحق المدعى عليه، حاضراً كان أم غائباً، بدعوى خصمه، دون سماع حجة أو ظهور بينة، فهذا هو القضاء بغير الحق، وهو المنهي عنه في هذه الآية(١).

ب ـ مناقشة الأحاديث:

١ ـ حديث علي كرم الله وجهه:

نوقش هذا الحديث من ناحيتين:

الأولى وفيها طعن بصحة هذا الحديث، أما الثانية فكانت من حيث الاستدلال به، فليس فيه دلالة على منع القضاء على الغائب.

الناحية الأولى من جهة صحته: فقد طعن بعض العلماء بسند هذا الحديث، فبعض رواته مدلس، وفيه من يقبل التلقين(٢)، وفيه من هو مطروح.

يقول ابن حزم: «أما الخبر ـ يعني خبر علي ـ عن رسول الله ﷺ فساقط؛ لأن شريكاً مدلس، وسماك بن حرب يقبل التلقين، كما أن حنش بن المعتمر ساقط مطروح»(٣).

---

(١) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦. وانظر: المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٤. جواهر العقود للأسيوطي: ٢/ ٢٦٠.

(٢) نص علماء الحديث على عدم قبول رواية من عرف بقبول التلقين في الحديث، والتلقين: أن يعرض على الراوي الحديث الذي ليس من مروياته، ويقال له: إنه من رواياتك، فيقبله ولا يميزه. ينظر: تدريب الراوي للسيوطي: ١/ ٣٣٩. إرشاد طلاب الحقائق للنووي: ١٧٧. منهج النقد في علوم الحديث، د. نور الدين عتر: ٨٦.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٦. وينظر تحفة الأحوذي للمباركفوري: ٤/ ٤٦٧. =

وهذا الطعن غير مسلم به، فقد رده صاحب فتح القدير برواية أبي دواد(١)

= وقد طعن الصنعاني فيه أيضاً فقال: «هذا الحديث أخرجوه من طرق، أحسنها رواية البزار عن عمرو بن مرة، عن عبدالله بن سلمة، عن علي، وفي إسناده عمرو بن أبي المقدام، واختلف فيه على عمرو بن مرة، فرواه شعبة عنه عن أبي البختري، قال: حدثني من سمع علياً رضي الله عنه، أخرجه أبو يعلى، وإسناده صحيح لولا هذا المبهم، وله طرق أخرى تشهد له». سبل السلام: ٤/ ١٢٠.

وشريك: هو ابن عبدالله النخعي، أبو عبدالله الكوفي القاضي الحافظ الصادق، أحد الأئمة، روي عن يحيى بن سعيد تضعيفه جداً، وقال ابن معين: شريك صدوق ثقة، إلا أنه إذا خالف فغيره أحب إلينا، وقد ذكر علماء الجرح أنه كان مشهوراً بالتدليس، مات سنة ١٧٧. التاريخ الكبيرللبخاري: ٤/ ٢٣٧. الجرح والتعديل للرازي: ٤/ ٣٦٦. ميزان الاعتدال للذهبي: ٣/ ٣٧٢.

وسماك بن حرب: هو الحافظ الإمام الكبير أبو المغيرة، الكوفي، وثقه ابن معين وغيره، كان شعبة وابن المبارك يضعفانه، مات في آخر ولاية هشام بن عبد الملك. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ٢٤٥. الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي: ٢/ ٢٦. الثقات لابن حبان: ٤/ ٣٣٩.

وحنش الصنعاني: وقال بعضهم: حنش بن ربيعة، سمع علياً، روى عنه سماك والحكم، قال علي بن المديني: حنش بن ربيعة الذي روى عنه الحكم لا نعرفه، سمعت أبي يقول ذلك، ويقول حنش بن المعتمر: هو عندي صالح، وقال البخاري: الكوفيون يتكلمون في حديثه، وقال: ابن حبان: لا يحتج به. مات قبل سنة تسعين للهجرة. الجرح والتعديل للرازي: ٣/ ٢٩١. الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي: ١/ ٢٤١. الضعفاء الصغير للبخاري: ٣٨. الضعفاء الكبيرللعقيلي: ١/ ٢٨٨. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٤٩٣.

(١) **أبو داود**: (٢٠٢ ـ ٢٧٥هـ)، سليمان بن الأشعث السجستاني، ولد سنة ٢٠٢هـ، إمام أهل الحديث وسيد الحفّاظ في عصره، سمع من الإمام أحمد بن حنبل وعرض عليه كتابه، جمع في السنن ٤٨٠٠ حديثاً انتخبها من ٥٠٠٠٠٠ حديث، من تصانيفه أيضاً المراسيل، والزهد، توفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٢٠٣. شذرات الذهب لابن العماد: ٣/ ٣١٣.

وغيره، وفيها تحسينه وتصحيحه(١)، كما أن ابن حجر ـ رحمه الله تعالى ـ حكم عليه بأنه حسن (٢).

ويقول الشوكاني(٣): «حديث أمير المؤمنين علي رضي الله عنه أخرجه ابن حبان، وحسنه الترمذي، وله طرق مختلفة»(٤).

الناحية الثانية من جهة الاستدلال: لو سلم بصحة هذا الحديث، فليس فيه ما يمنع من القضاء على الغائب.

وهذا الحديث يحمل على حالة حضور الخصمين أمام القاضي، فليس له وقتها أن يحكم بمقتضى البينة قبل سماع كلام المدعى عليه، وهذا يختلف عن

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام: ٨/ ٣٠٧.

(٢) فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣.

(٣) **الشوكاني:** (١١٧٣ ـ ١٢٥٠هـ = ١٧٦٠ ـ ١٨٣٤م)، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله، فقيه، مجتهد، مفسر، أصولي، قاضٍ من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء، ولد بهجر في شوكان في اليمن، وولي قضاء صنعاء، ومات حاكماً بها، له ١١٤ مؤلفاً، منها: نيل الأوطار، والبدر الطالع، وفتح القدير، وإرشاد الفحول، والسيل الجرار. الأعلام: ٦/ ٢٩٨.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني: ٩/ ١٨٠.

ابن حبَّان: محمد بن حبَّان، أبو حاتم البستي، ولد في بِست في سجستان، محدث، فقيه شافعي، مؤرخ، جغرافي، ثقة، من كتبه: التقاسيم والأنواع المعروف بصحيح ابن حبان، توفي ببست سنة ٢٤٥هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ٤/ ٢٨٥. الأعلام للزركلي: ٦/ ٧٨.

الترمذي: (٢٠٩ ـ ٢٧٩هـ) محمد بن عيسى بن سوره، ولد بترمذ على نهر جيحون سنة ٢٠٩هـ، تتلمذ على البخاري، من تصانيفه: الجامع الكبير المعروف بسنن الترمذي، وسماه البعض بالجامع الصحيح، من كتبه أيضاً: العلل، توفي سنة ٢٧٩هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٣/ ٢٧٠.

حالة الحكم على الغائب الذي لم يتعرض له حديث علي، وينقل ابن حجر ـ رحمه الله ـ جواب الجمهور عن هذا الحديث: بأنه «محمول على الحاضرين مع إمكان السماع، فأما مع تعذره بمغيب، فلا يمنع الحكم، كما لو تعذر بإغماء أو جنون أو حجر أو صغر»[١].

ويقول صاحب المغني: «أما حديثهم فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما، وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين، ويفارق الحاضر الغائب؛ فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته، والغائب بخلافه»[٢].

فالمراد بهذا الحديث سماع كلام الخصمين الحاضرين، فلا يجوز القضاء بسماع أحد الخصمين الحاضرين دون الآخر، وبذلك لا وجه للاستدلال بهذا الحديث على منع القضاء على الغائب.

٢ ـ الحديث الذي أورده ابن رشد ـ رحمه الله ـ يجاب عنه: بأن الخصمين حضرا معاً إلى رسول الله ﷺ، وحكم بما سمع منهما، والتنصيص على السماع لا ينفي كون غيره طريقاً للحكم[٣]، فليس في هذا الحديث حينئذ ما يدل على منع الحكم على الغائب.

٣ ـ حديث أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ في المساواة بين الخصمين، طعن العلماء بصحة هذا الحديث لضعف بعض الرواة فيه، يقول صاحب مجمع الزوائد: «فيه عباد بن كثير الثقفي، وهو ضعيف»[٤].

---

(١) فتح الباري: ١٣/ ٢١٤.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني: ٩/ ١٨٩.

(٤) مجمع الزوائد للهيثمي: ٤/ ١٩٧. وينظر جمع الفوائد للروداني: ١/ ٣٩٤.

وقد سكت ابن حجر ـ رحمه الله ـ عن هذا الحديث ولم يحكم عليه[١]؛ لاحتمال تقويه بحديث علي، وعلى فرض صحة هذا الحديث، فإنه يحمل كحديث علي رضي الله عنه على حالة حضور الخصمين.

٤ ـ حديث عمرو بن العاص:

يرد على هذا الحديث بأن موضع الاستدلال ـ وهو قوله: **(بالحق)** ـ لم يرد إلا عند صاحب البدائع، أما الحاكم[٢] والدارقطني[٣]، فقد أخرجا هذا الحديث دون هذا اللفظ الذي بنى الحنفية استدلالهم عليه، ولو سلّم للحنفية ثبوت هذه الرواية وصحتها، فلا يسلم لهم القول بأن الحكم بالبينة لا يعد حكماً بالحق؛ لاحتمال الكذب فيها، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات، وذلك لما يأتي:

ـ إن احتمال الكذب وارد أيضاً في الإقرار على النفس كما هو وارد في البينة، وهذا يلزم عنه أن الإقرار ليس حجة أيضاً، وهل ثمة من يقول بعدم جواز الحكم بالإقرار في الأصل لاحتمال الكذب فيه، إلا أنه جعل حجة لضرورة فصل الخصومات؟!.

---

(١) فتح الباري: ١٢/ ٢١٤.

(٢) **الحاكم**: هو محمد بن عبدالله، النيسابوري، ولد بنيسابور سنة ٣٢١هـ، إمام أهل الحديث في عصره، شافعي، تولى قضاء نيسابور ولذا عرف بالحاكم، عرف بحبه لعلي ابن أبي طالب دون تشيّع، من كتبه: المستدرك على الصحيحين والعلل، توفي بنيسابور سنة ٤٠٥هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٧/ ١٦٢. وينظر: مرجع العلوم الإسلامية للدكتور محمد زحيلي: ٢٦٠.

(٣) **الدارقطني**: هو علي بن عمر، أبو الحسن، صاحب السنن، ولد ببغداد سنة ٣٠٦هـ، فقيه شافعي، إمام عصره في الحديث، أول من صنّف في القراءات، ودارقطن محلّة في بغداد، من كتبه: العلل الواردة في الحديث، توفي ببغداد سنة ٣٨٥هـ. سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٤٤٩.

- إن قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق: ٢]، وحديث رسول الله ﷺ: «**البينة أو حد في ظهرك**»(١)، يدلان على أن البينة - وهي اسم لما يحصل به البيان - هي إحدى طرق الإثبات المعتبرة شرعاً في القضاء، مما يجعل القضاء بالبينة العادلة قضاءً بالحق، لا كما يقول الحنفية، مما يجعل الحكم على الغائب صحيحاً كالحكم على الحاضر(٢).

- إن البنية ليست حجة لضرورة فصل الخصومات، بل هي حجة قائمة ثابتة، يعمل بها استناداً إلى العلم اليقيني بصحتها، أو استناداً إلى غلبة الظن بذلك، فإذا غلب على ظن القاضي ذلك وجب عليه العمل بها والحكم بمقتضاها، وهو حكم بالعدل والحق.

ج - مناقشة الإجماع:

يمكن الإجابة عن الاستدلال بالإجماع من ناحيتين:

الناحية الأولى: من جهة صحته، فقد طعن ابن حزم - رحمه الله - بضعف رواة الأثر الذي اعتمدوا عليه في بيان الإجماع، فضلاً عن انقطاع السند.

يقول ابن حزم: «إنه من طريق محمد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، ولا يدرى من هما في خلق الله تعالى، ثم عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر، ولم يولد عمرو إلا ليلة موت عمر رضي الله عنه»(٣).

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، حديث: ٢٥٢٦. وينظر فتح الباري لابن حجر: ٥/ ٣٥٥.

(٢) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٨.

(٣) المرجع السابق. ولم أجد ترجمة لمحمد الغفاري وابن أبي ذئب الجهني فيما بحثت فيه من كتب الرجال. =

أما ما نقل عن بعض التابعين كشريح القاضي، فإنه لا يصح عنه؛ لأنه جاء من طريق ضعيف، وفيما يتعلق بما نقله عمر بن عبد العزيز عن لقمان، فيجاب عنه: أين هو عمر من زمن لقمان؟

الناحية الثانية: من جهة الاستدلال؛ فإن أثر عمر، وما نقل عن بعض التابعين، إن صح ذلك عنهم، فليس فيها: أنه لا يقضى على غائب، بل فيها: أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته، وهذا لا خلاف فيه[1]، فكذلك الغائب لا يقضى عليه بدعوى خصمه دون سماع حجته.

د ـ مناقشة المعقول:

يمكن مناقشة نقاط المعقول بما يأتي:

١ ـ إن القول بعدم وجود منازعة تتطلب قضاء قولٌ غير دقيق، فالنزاع قائم، بدليل طلب المدعي على الغائب الفصل في قضيته، فالدعوى دليل صريح على وجود النزاع، وعدم حضور الطرفين لا يلغي النزاع القائم فعلاً.

٢ ـ إن المعقول الذي استدل به الحنفية لمنع القضاء على الغائب يعارض بمعقول آخر عند الجمهور، وهو ضرورة المحافظة على أموال الناس بناءً على البينة الثابتة العادلة، وعدم سماعها يفضي إلى تأخير الحكم، أو تأخير إظهار الحق مع إمكان استيفائه[2]، والقضاء على الغائب إنما يتم بناءً على

= **وعمرو بن عثمان بن عفان**: قرشي أموي من أهل المدينة، ثقة من كبار التابعين، قال الزبير بن بكار: كان عمرو بن عثمان أكبر ولد عثمان الذين أعقبوا، روى له الجماعة، ولم يكن مكثراً للحديث. تهذيب الكمال للمزي: ٢٢/ ١٥٣. التاريخ الكبير للبخاري: ٦/ ٣٥٣. رجال مسلم للأصبهاني: ٢/ ٧٦.

(١) المرجع السابق: ٨/ ٤٣٧.

(٢) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ١٠/ ٩٠.

بينة ثابتة عادلة، بهدف المحافظة على أموال الناس.

٣ ـ أما قولهم باحتمال أن يملك الغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها، فإنه لا يمنع القضاء على الغائب؛ لأن حجة الغائب يعمل بها في حال حضوره، وتسمع منه ولو أدى ذلك إلى نقض الحكم الذي قرر(١).

فالغائب يمكنه حال عودته أن يطعن بالحكم، وأن يطلب نقضه، ويجاب إلى طلبه إن أثبت ما يبطل الحجة التي تم الحكم بناءً عليها، فلا وجه للقول بعدم جواز القضاء على الغائب لهذا السبب.

٤ ـ إن ما ساقه الحنفية من أدلة المعقول تتعارض مع ما صح عن النبي ﷺ وما صح عن صحابته الكرام(٢) من أدلة تفيد جواز الحكم على الغائب.

الرأي المختار:

بعد عرض الأدلة التي اعتمد عليها كل فريق، ومن خلال مناقشة تلك الأدلة أصل إلى القول باختيار رأي الجمهور في جواز القضاء على الغائب اعتماداً على البينة العادلة، وذلك للأسباب الآتية:

١ ـ كثرة الانتقادات الموجهة لأدلة الحنفية، فأكثر تلك الأدلة لم تكن واضحة الدلالة على موضع النزاع، ومعظم الملاحظات الواردة عليها كانت دقيقة، بحيث لم يكد يسلم لهم دليل، من ذلك:

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٥٧. مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٠/ ٦١.

(٢) ينظر في ذلك أدلة الجمهور السالفة الذكر. وينظر أيضاً: فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤ ـ ٤٣٨.

أ - حديث علي رضي الله عنه وهو عمدة الأدلة عندهم، فإنه لو سُلّم لهم بصحته، فلا دلالة فيه على موضع النزاع، وقول رسول الله ﷺ: **«فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر..»**(١) فيه دلالة واضحة على حضور الخصمين، بدليل جلوسهما، مما يجعل استدلالهم بهذا الحديث غير مقبول، وكذلك سائر الأحاديث الأخرى التي استدلوا بها، فإن معظمها يحمل على حالة حضور الخصمين، وهو خارج عن نقطة النزاع.

ب - إن مستند الإجماع الذي اعتمدوا عليه، على فرض التسليم بصحته، ليس فيه ما يمنع من القضاء على الغائب، بل فيه اشتراط بناء الحكم على بينة ودليل، أما القضاء بدعوى الخصم فقط، فهذا لا خلاف في عدم صحته.

ج - يلزم عن قول الحنفية: إن الهدف من تشريع القضاء حسم النزاع، أن يشمل ذلك حالة القضاء على الغائب من أجل حسم النزاع القائم بين الحاضر والغائب.

د - أما قولهم بأن البينة جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات، فيلزمهم بناءً عليه القول بجواز القضاء على الغائب؛ ذلك أن القضاء على الغائب فيه فصل للخصومات والمنازعات، وهو ضرورة أيضاً، فلم لا تقبل البينة فيه؟!

ثم إن غياب الخصم لا يفوت إلا الإنكار، والإنكار غير مؤثر في إيصال المدعي إلى حقه، ذلك أن الأصل هو الإنكار، فيجب

---

(١) سلف تخريج هذا الحديث خلال عرض أدلة المانعين، ص: ٤٤.

التمسك بالأصل، بأن يعد الغائب منكراً، وبذلك تقبل البينة عليه.

٢ ـ إن التخصيص الذي ادعاه الحنفية لإخراج الغائب من عموم آيات الشهادة غير مسلم به، يشهد لذلك آيات الشهادة الأخرى، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾[البقرة: ٢٨٣]، والغائب يدخل في هذا العموم.

٣ ـ إن حديث السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ الذي تناول قصة هند، وإن اعترض بعدم صحة الاستدلال به بعض القائلين بجواز القضاء على الغائب، كالإمام النووي وغيره، إلا أن هذا الحديث يتضمن نوع قضاء على الغائب، وهذا يستفاد من صنيع البخاري[١] ـ رحمه الله ـ عندما أدرج هذا الحديث تحت باب عنوانه: القضاء على الغائب[٢]، كما يستفاد من الخطابي[٣] الذي عد القضاء على الغائب فرعاً من قصة هند[٤]، ويقول ابن

(١) **البخاري**: (١٩٤ ـ ٢٥٦هـ)، هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، أبو عبدالله، الحافظ، ولد في بخارى، ونشأ يتيماً، وقام برحلة طويلة في طلب الحديث، سمع من نحو ألف شيخ وجمع نحو ستمئة ألف حديث اختار منها في صحيحه ما وثق برواته، وهو أول من أفرد كتاباً للصحيح، أقام ببخارى واتُّهم تعصباً عليه، وأُخرج إلى سمرقند فمات فيها. من كتبه: الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري، التاريخ الكبير، والأدب المفرد. تهذيب التهذيب لابن حجر: ٩/ ٣٩ ـ ٤٥. الأعلام: ٦/ ٣٤. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٩/ ٣٢٢.

(٢) فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٣.

(٣) **الخطابي**: هو الإمام العلامة الحافظ اللغوي، أبو سليمان، حمد بن محمد بن إبراهيم ابن خطاب البستي الخطابي، صاحب التصانيف، ولد سنة بضع عشرة وثلاث مئة، من تصانيفه: شرح السنن، وله كتاب في غريب الحديث، توفي سنة ٣٨٨هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٧/ ٢٣.

(٤) معالم السنن للخطابي: ٤/ ١٦٢. وينظر: طرح التثريب للحافظ العراقي: ٧/ ١٧٤. تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج للأندلسي: ٢/ ٥٧٥.

حجر ـ رحمه الله تعالى ـ في ذلك: «الذي يظهر لي أن البخاري لم يرد أن قصة هند كانت قضاءً على أبي سفيان وهو غائب، بل استدل بها على صحة القضاء على الغائب، ولو لم يكن ذلك قضاء على الغائب بشرطه، بل لما كان أبو سفيان غير حاضر معها في المجلس، وأذن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه قدر كفايتها، كان في ذلك نوع قضاء على الغائب، فيحتاج من منعه إلى أن يجيب عن هذا»(١).

٤ ـ لم يعترض الحنفية على الإجماع الذي استدل به الجمهور على صحة مذهبهم، مما يزيد من قوة هذا الدليل.

٥ ـ إن مناقشة واعتراض الحنفية على استدلال الجمهور بالقياس والمعقول يرد عليها ما يأتي:

أ ـ اعترض الحنفية على قياس البينة على الغائب على البنية على الحاضر، بأن ذلك لا يستقيم؛ لأن الغائب قد يقدح في البينة، وقد يقر، مما يبطل البينة، وهذا لا يسلم لهم؛ لأن الغائب إن أقر فإن إقراره يزيد الحق قوة وثباتاً، أما إن قدح في البينة بما يبطلها وأثبت ذلك، فإن الحكم السابق ينقض ويعود الحق إلى صاحبه(٢).

ب ـ ذكر الحنفية أن قياس الغائب على الساكت غير صحيح؛ لأن الشرع أنزل الساكت منزلة المنكر، حملاً لأمره على الصلاح، أو رفعاً لظلمه إن كان يقصد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة، وتأخير الحكم أو إبطاله.

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٣٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٥٧.

أقول: لماذا لا يقال هذا الكلام بحق الغائب أيضاً، فينزل الغائب منزلة المنكر، رفعاً لظلمه إن أراد بغيابه توقيف حال المدعي بعدم سماع حجته من أجل تأخير الحكم أو إبطاله؟! فقد يتخذ الغياب ذريعة لذلك إن قيل بعدم جواز القضاء على الغائب.

ج ـ رأى الحنفية أن صون الحكم عن الإبطال يجعل انتظار المدعى عليه مفيداً، الأمر الذي يستدعي منع القضاء على الغائب.

والحق أن الفائدة في عدم إبطال الحكم لا شك فيها، ولكن هل تقارب هذه الفائدة تلك التي تترتب على القول بجواز الحكم على الغائب، وما يتبع ذلك من حفظ مصالح الناس وحقوقهم، وأن ينال كل ذي حق حقه؟ وهل تقارن هذه الفائدة إذا ما قيست بالمفسدة الناجمة عن استمرار المنازعات، وضياع الحقوق، وتأخير الاستيفاء؟

٦ ـ يظهر ضعف مذهب الحنفية في هذه المسألة بشكل واضح، وذلك من خلال الاضطراب الذي يلاحظ في تطبيق هذا الأصل الذي ذهبوا إليه على سائر الفروع[١]، فتجدهم مع قولهم بعدم جواز القضاء على الغائب، يحكمون عليه في بعض القضايا، ومن أمثلة ذلك:

القضاء بالنفقة لزوجة الغائب ولأولاده الصغار[٢]، يقول صاحب الهداية: «وعمل القضاة اليوم على هذا: أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس»[٣].

---

(١) سآتي على تحقيق مذهب الحنفية بشكل أدق لاحقاً في هذا الفصل بعونه تعالى.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٧٨.

(٣) الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٤.

كما أنهم قضوا على المرتد، وذهبوا إلى أن حكمه حكم الميت إذا لحق بأرض الحرب[١]، وقسموا ماله على ورثته، وهذا قضاء على الغائب! فلماذا يقولون إذاً بعدم القضاء على الغائب؟! وما الفرق بين حقوق الغرماء في الديون وبين حق الزوجة والأبناء في النفقة؟! ولماذا لا يصار إلى القول بالقضاء على الغائب بشكل عام لحاجة الناس كذلك؟!

٧ـ إن أدلة الجمهور أظهر وأشد دلالة على جواز القضاء على الغائب، ولا ينال من قوتها أو دلالتها تلك الاعتراضات والانتقادات التي وجهت إليها.

٨ـ تشهد المصلحة الظاهرة في حفظ الحقوق للقول بجواز القضاء على الغائب، خاصة في هذا الزمن الذي ظهر الفساد فيه، وانتشرت أساليب التحايل، وكثرت المنازعات والخصومات، وازدادت فيه الأسفار، فكان من المصلحة اختيار القول بجواز القضاء على الغائب؛ لئلا يتخذ الغياب وسيلة لإضاعة الحقوق والهروب من وجه العدالة، مما يؤخر القضاء، ويسهل أكل أموال الناس بالباطل.

وقول الجمهور فيه حفظ للمصالح، ودفع لأنواع عديدة من المفاسد، وفيه احتياط في الأرواح والأعراض والأنساب فضلاً عن الأموال.

وقد ذهب سلطان العلماء[٢] ـ رحمه الله ـ إلى التعبير عنه بصيغة الوجوب فقال: «. . وكذلك يجب القضاء على الغائب؛ لما في تأخيره إلى حضوره من

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ٢٨٠.

(٢) **سلطان العلماء المشهور بالعز بن عبد السلام:** (٥٧٧ ـ ٦٦٠هـ)، هو عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق، وتوفي =

استمرار المفسدة؛ لأن الدعوى إن كانت بطلاق تضررت المرأة ببقائها في قيود نكاح مرتفع، وإن كانت بعين تضرر صاحبها بالحيلولة بينه وبينها، وإن كانت بدين تضرر صاحبه بتأخير قبضه وعدم الارتفاق به، ولا فرق بين الحاضر والغائب في إقامة الحجج، فالظن المستفاد من إقامة الحجج على الغائب كالظن المستفاد من إقامتها على الحاضر، فإن قيل: الحاضر يناضل عن نفسه بالمعارضات والجرح، بخلاف الغائب، قلنا: لا يجوز ترك ما وجب ظهوره بحجة شرعية لاحتمال الأصل وعدمه، والحاكم يناضل عن الغائب على حسب الإمكان، ولذلك يحلف المدعي»[1]، والله تعالى أعلم.

* * *

*** المطلب الثاني ـ حكم القضاء على الغائب في القانون:**

سأبحث أولاً حكم القضاء على الغائب في قانون أصول المحاكمات المدنية، ومن ثم في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك فيما يأتي:

أولاً ـ في قانون أصول المحاكمات المدنية:

كان قانون أصول المحاكمات المدنية ينص على أصول وإجراءات المحاكمة غيابياً، وهذا في بداية الأمر، غير أن المشرع السوري شعر بالحاجة الماسة لتنقيح بعض القوانين، فأصدر لذلك جملة من التعديلات، وكان من

= ـ رحمه الله ـ في القاهرة، من كتبه الكثيرة: التفسير الكبير، الإلمام في أدلة الأحكام، قواعد الشريعة. شذرات الذهب لابن العماد: ٧/ ٥٢٤. الأعلام للزركلي: ٤/ ٢١.

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٢/ ٤٣.

جملتها القانون رقم /٣٥٤/ المؤرخ في ٣ حزيران ١٩٤٧ ، الذي عدل فيه قانون أصول المحاكمات المدنية.

وقد لاحظ المشرع أن إجراءات المحاكمة غيابياًلم يبق إجراءً طبيعياً بعد أن ثبت بالتجربة أن المتخاصمين يقومون في أكثر الأحيان بتبليغ خصومهم مذكرة دعوة ثانية، يخطرونهم فيها بأن الحكم الذي سيصدر يعد وجاهياً بالنسبة إليهم.

ورغبة في تبسيط الإجراءات، ومن أجل أن لا تكون عرضة لأي تقصير أو إطالة، لجأ المشرع إلى إدخال تعديل أساسي، حيث أصبحت جميع الأحكام تصدر بموجبه بصورة وجاهية، أو بمثابة الوجاهي، وهذا ما جاء في المادة /١١٣/ من هذا القانون، والتي نصت على ما يأتي:

لا يجوز أن تجري المحاكمة إلا بصورة وجاهية، أو بمثابة الوجاهي[1].

وبهذا النص يتبين أن القانون ألغى الأصول الغيابية، فالأحكام تصدر دائماً إما وجاهية أو بمثابة الوجاهي، وهذا التعديل ليس إلا إلغاءً للقضاء على الغائب في حقيقته؛ لأن الحكم في أي ادعاء لابد أن يصدر ولكن بعد إبلاغ المدعى عليه بموضوع الدعوى وموعدها، فإذا امتنع المدعى عليه عن الحضور أو تهرب، فإن غيابه لا يعد مسوغاً لعدم إصدار حكم بحقه.

ويعد الحكم وجاهياً إذا حضر المدعي والمدعى عليه جلسات المحكمة كلها أو بعضها، وهذا ما ورد في المادة /١١٤/ من قانون أصول المحاكمات التي نصت على ما يأتي:

---

(١) قانون أصول المحاكمات للكويفي: ٤٣. تقنين أصول المحاكمات: ٢/ ١٤٧٧. القواعد العملية لأصول المحاكمات لعطري: ٤٤.

ويقصد بالغياب: أن يتخلف أحد الخصوم عن حضور الجلسة ويثبت ذلك بعد انقضاء ساعة عن الموعد المعين، وإذا حضر أحد الخصمين لأية جلسة، فإن المحاكمة تعد وجاهية في حقه، ولو تخلف بعد ذلك، ينظر: المواد /١٠٤ ـ ١٢١/ من ق. أ. م.

«إذا حضر المدعي أو المدعى عليه في أية جلسة اعتبرت الخصومة وجاهية في حقه ولو تخلف بعد ذلك»[١].

أما إذا تسلم المدعى عليه مذكرة الإخطار ولم يحضر إلى المحكمة مطلقاً، فإن الحكم الصادر بحقه يعد بمثابة الوجاهي.

وتعد مذكرة الإخطار إذا بُلّغت إلى الخصم ـ سواء بالذات أم بالواسطة ـ كافيةً لإجراء المحاكمة بحقه وجاهياً، ولصدور الحكم بهذه الصفة، هذا ما ارتآه المشرع السوري، خلافاً للمشرع المصري.

وتخلُّف المدعى عليه عن الحضور لا يسوغ متابعة الدعوى مباشرة، فتؤجل المحكمة القضية إلى جلسة ثانية، ويتم إبلاغ المدعى عليه بموعدها الجديد، ويتضمن الإخطار هذه المرة التحذير بأن الحكم الذي سيصدر يعد وجاهياً، سواء أحضر أم لم يحضر.

ومن التعديلات التي طالت هذا القانون ما قام به المشرع من إلغاء الخيار الذي كان ممنوحاً للمدعي في حال غياب المدعى عليه وعدم حضوره، والذي يمكِّنه من طلب المتابعة في الدعوى غيابياً، أو بتبليغه ثانية، وقد نتج عن إلغاء هذا الخيار إلغاء الاعتراض كطريق عادي من طرق الطعن في الأحكام التي أصبحت جميعها تصدر بالصورة الوجاهية، أو بمثابة الوجاهي[٢].

---

(١) قانون أصول المحاكمات السوري للكويفي: ٤٣. وينظر: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية: ٤٠٨، ٤١١ ـ ٤١٢. قانون البينات في المواد المدنية والتجارية: ٦٤٠ ـ ٦٤١.

(٢) الوجيز في أصول المحاكمات للمحاسني: ٢٦١.

ومما يلاحظ على هذا القانون أنه اشترط في العديد من القضايا أن يكون حضور أطراف الدعوى بواسطة محامين يمثلونهم، وذلك فيما عدا من أجازت له المحكمة المرافعة بنفسه في دعوى له أو لزوجته أو لأقاربه، وفي القضايا التي تنظر فيها محكمة الصلح والقضايا الشرعية، عدا دعاوى النسب والإرث، وهذا ما بينته المادة /١٠٤/ من قانون أصول المحاكمات[1].

ويبدو أن القانون جعل معيار حضور الخصوم وغيابهم أن يحضر ممثلوهم من المحامين، وهذا يتجلى بوضوح من خلال عدم سماحه للمتخاصمين بالمثول أمام القضاء إلا من خلال محامين يمثلونهم بموجب وكالة، وفي ذلك مصادرة صريحة لشخصية المتخاصمين، وانتقاص من قدراتهم، وكان الأجدر بهذا القانون أن يشترط ذلك في الحالات التي يتعذر فيها على المدعي أو المدعى عليه تقديم أدلته أو دفاعه عن نفسه أمام المحكمة.

بل إن المادة /١٠٤/ من قانون أصول المحاكمات في فقرتها الثالثة نصت على أن حضور الخصم ليس له تأثير في حال امتناعه عن توكيل محام، وتسير هذه الدعوة غيابياً بحقه وإن حضر، أما الحكم فيعد وجاهياً، وهذا تجاهل واضح لشخصية المدعى عليه!

ولم يهمل القانون تنظيم إجراءات التبليغ؛ ذلك أن التبليغ ـ كما سلف ـ هو المعول عليه في متابعة الدعوى، فإذا بُلِّغ المدعى عليه وامتنع عن الحضور سارت إجراءات الدعوى بحقه بمثابة الوجاهي، وإبلاغ المدعى عليه يتم عن طريق محضر يسعى لتبليغه شخصياً.

---

(١) قانون أصول المحاكمات للكويفي: ٤١. القواعد العملية لأصول المحاكمات لعطري: ٤٣٢.

ويعد التبليغ إلى ذات المدعى عليه المخاطب بموضوع الدعوى من أفضل أنواع التبليغ وأوثقها؛ لأن القصد من إحاطة المدعى عليه علماً بالإجراءات القضائية المتعلقة به يكون قد حصل على أتم وجه[١].

غير أن تبليغ المدعى عليه لا يخلو من عقبات وعسر، فقد لا يتمكن المحضر من الاجتماع بالمخاطب الذي قد يتهرب بدوره ويتوارى عن الأنظار لإعاقة عملية التبليغ، فدفعاً لذلك أجاز قانون أصول المحاكمات التبليغ في موطن المدعى عليه، وعدّ ذلك بحكم التبليغ الشخصي له، فإن لم يجد المحضر المدعى عليه في موطنه فإنه يسلم ورقة التبليغ إلى وكيله أو مستخدمه، أو لمن يسكن معه من الأصول أو الفروع أو الأخوات، ممن يدل ظاهرهم على أنهم أتموا الثامنة عشرة من عمرهم، على أن لا تكون مصلحة المدعى عليه المطلوب تبليغه متعارضةً مع مصالحهم[٢].

ولا يجوز تسليم ورقة التبليغ لغير هؤلاء، فإن تعذر عليه ذلك لعدم وجود أحد منهم، أو وجد أحدهم غير أنه امتنع من استلام البلاغ، وجب عليه في هاتين الحالتين أن يسلم الورقة إلى المختار الذي يقع موطن المطلوب تبليغه ضمن دائرته.

فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن معلوم، فيتم تبليغه عن طريق إلصاق خلاصة عن الأوراق على لوحة الإعلان في المحكمة، ويتم إعلانها أيضاً في صحيفة يومية.

---

(١) الوجيز في أصول المحاكمات للمحاسني: ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٢) ينظر المادة /٢٢/ من قانون أصول المحاكمات، تقنين أصول المحاكمات السوري: ١/ ٢٤٤.

وقد عد المشرع هاتين الوسيلتين من الشهر والإعلان كافيتين لإيصال علم الدعوى إلى المخاطب، على أنه وقبل اللجوء إلى التبليغ عن طريق الإلصاق والنشر في صحيفة يومية، اشترط القانون التأكد من أن الشخص المطلوب تبليغه غير معلوم الموطن[١].

ويجوز تبليغ المدعى عليه بواسطة البريد إذا كان المدعى عليه غائباً في بلد أجنبي، وكان موطنه معلوماً في ذلك البلد، ولا يجوز اللجوء إلى تبليغه بالصحف إلا بعد التأكد أيضاً من كون المخاطب مجهول الإقامة[٢].

ثانياً ـ في قانون أصول المحاكمات الجزائية:

أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية الحكم على الغائب، غير أنه اشترط إبلاغ المدعى عليه، وقد ميز القانون في أصول المحاكمات وإجراءاتها بين المحاكم المختلفة، حيث أوجب إبلاغ الخصوم أمام المحاكم البدائية[٣]

---

(١) تقنين أصول المحاكمات السوري: ١/ ٣٤٠.

(٢) تقنين أصول المحاكمات السوري: ١/ ٣٤٦. الوجيز في أصول المحاكمات للمحاسني: ٢٥٦.

(٣) تختص محاكم الصلح بالفصل في جميع المخالفات، كمخالفات التموين والسير، وبعض الجنح المحددة، كالسرقة خفية، أو السب أو الشتم، أما محاكم البداية فتحكم في جميع الجنح التي تخرج عن اختصاص محاكم الصلح، وتختص محاكم الجنايات في الجرائم الجنائية، كالقتل أو الإيذاء بعاهة، وكذلك تختص بالنظر في الجنح المتلازمة مع الجناية. ينظر: أصول المحاكمات الجزائية لجوخدار: ٢/ ٥٩ ـ ٦٠. والمواد/ ٣٧ ـ ٣٨، ٥٣٥ ـ ٥٤٠/ من قانون العقوبات السوري.

ومحاكم الصلح لحضور المحاكمة؛ حتى يتمكنوا من تحضير دفاعهم، ويتم ذلك بتبليغهم بموجب مذكرة دعوة للحضور، ويجب أن تبلغ هذه المذكرة قبل موعد المحاكمة بثلاثة أيام على الأقل مضافاً إليها مهلة المسافة، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم إذا صدر غيابياً قبل انقضاء هذا الميعاد(١).

وإذا لم يحضر المدعى عليه إلى المحكمة في اليوم والساعة المعينين في مذكرة الدعوة المبلَّغة له حسب الأصول، يحاكم بالصورة الغيابية، وتعد المحاكمة وجاهية بحقه إذا بُلِّغ بمذكرة الدعوة شخصياً، أو حسب الأصول، ولم يحضر ولم يبد عذراً مشروعاً، وكذا إذا حضر ثم غاب عن المحكمة بعد حضوره إحدى جلساتها، وللمحكوم عليه غيابياً أن يعترض على الحكم خلال خمسة أيام تضاف إليها مهلة المسافة بدءاً من اليوم التالي لإبلاغه الحكم(٢).

أما القضايا التي تنظر فيها المحاكم الجنائية، فإن القاضي يصدر مذكرة يأمر فيها بالقبض على المدعى عليه، ثم يرسل أوراق الدعوى والأشياء المتعلقة بها إلى النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة من تبليغ المتهم قرار الاتهام.

فإذا لم يمكن القبض على المتهم، أو لم يحضر إلى المحكمة خلال عشرة أيام من تبليغه القرار، أو لاذ بالفرار، فإن رئيس محكمة الجنايات أو نائبه يعطيه مدة عشرة أيام جديدة للحضور، فإن لم يحضر عدَّ فاراً من وجه العدالة،

---

(١) تنظر: المادة /١٨٦/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(٢) أصول المحاكمات الجزائية لجوخدار: ٢/ ٢٧٢. وتنظر: المادتان/ ١٨٨ ـ ١٨٩/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية. أصول المحاكمات الحقوقية: ٣١٢.

ويجرد من حقوقه المدنية، وتوضع أمواله تحت إدارة الحكومة، ويمنع من إقامة الادعاء خلال هذه المدة، ثم تشرع محكمة الجنايات بمحاكمته غيابياً وينبغي التقيد في إجراءات المحاكمة بالأمور الآتية:

١ ـ لا يقبل القاضي وكيلاً عن المتهم في المحاكمة الغيابية.

٢ ـ لا تتبع محكمة الجنايات مبدأ شفوية المرافعة، بل تكتفي بالاستناد إلى أوراق الدعوى الموجودة في الإضبارة دون الاستماع إلى أقوال الشهود، ومن ثم تستمع المحكمة لأقوال النائب العام في هذه الدعوى.

٣ ـ نظراً لأن محاكمة المتهم الفار هي محاكمة تهديد، فإن محكمة الجنايات تملك تقرير ما تراه لازماً، وإذا تبين لها عدم قانونية التحقيقات الجارية أعلنت بطلانها، وأمرت بتجديدها وإعادتها، أما إن كانت قانونية، فإنها تنظر في التهمة الموجهة للمتهم، وفي دعوى التعويضات الشخصية، وتقضي في الدعوى[1].

فلمحكمة الجنايات مطلق السلطة في أن تحكم غيابياً على المتهم الفار (الغائب) حسب قناعتها، إما بالإدانة وتقرير العقوبة، أو بالبراءة وعدم المسؤولية، ويتعين على المحكمة إعلان خلاصة الحكم الغيابي الصادر على المتهم الفار خلال ثمانية أيام من تاريخ صدوره، وبمعرفة النائب العام، ويصبح الحكم نافذاً من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، غير أن هذا الحكم ـ إذا

---

(١) تنظر: المواد /٣٢٢ ـ ٣٢٤ ـ ٣٢٥ ـ ٣٢٦ ـ ٣٢٧/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

صدر بالإدانة ـ لا يعد باتاً؛ لأنه مهدد بالسقوط عندما يسلم المحكوم عليه نفسه، أو يقبض عليه[1].

* * *

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة بالقضاء على الغائب

*** المطلب الأول ـ ضابط الغياب الذي يعتد به في مسألة القضاء على الغائب:**

أولاً ـ تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب على أن المدعى عليه إذا كان قريباً من مجلس القضاء، أو كان في البلد، وتغيب عن الحضور لغير عذر، أحضره القاضي جبراً عنه، فإذا توارى أو استتر أو امتنع، وتعزز بسلطة ونحوها، حكم القاضي عليه بناءً على البينة المقدمة من الخصم[2].

واتفق الفقهاء أيضاً على أن من كان بعيداً عن بلد المحكمة غيبة بعيدة جداً، كمسافة عشرة أيام فأكثر مع الأمن، يعد غائباً.

ولكنهم اختلفوا فيمن كان حاضراً بالبلد وغائباً عن مجلس الحكم، وكذلك اختلفوا في البعيد خارج البلد فيما دون مسافة عشرة أيام، هل يعد غائباً فيحكم عليه أم لا؟

---

(١) أصول المحاكمات الجزائية لجوخدار: ١/ ١٩٩ ـ ٢/ ٢٩٠. وتنظر: المواد /٣٢٩ ـ ٣٣١ ـ ٣٣٣/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(٢) حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣١. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨، ٢٨٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠.

فموضع النزاع إذاً في نقطتين:

١ ـ **النقطة الأولى:** الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في البلد، سوى الممتنع والمتستر والمتواري.

٢ ـ **النقطة الثانية:** الغائب خارج بلد المحكمة لمسافة أقل من مسيرة عشرة أيام.

ثانياً ـ آراء الفقهاء في حد الغياب الذي يعتد به:

سأبحث أراء الفقهاء وأقوالهم في هذه المسألة من خلال التفصيل في موضع النزاع، وهو في نقطتين كما ورد آنفاً:

ـ النقطة الأولى: حالة المدعى عليه إذا كان حاضراً بالبلد، لكنه تغيب عن الحضور إلى مجلس الحكم، فهل يعد بذلك غائباً وتسمع الدعوى عليه؟

انقسم الفقهاء في هذه الحالة إلى فريقين:

الفريق الأول: ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية في الصحيح عندهم[٢]، والحنابلة الذين اشترطوا لسماع الدعوى على الغائب والقضاء عليه أن يكون خارج البلد[٣]، فلا يعد المتخلف عن الحضور إلى المجلس غائباً، ولا تسمع البينة عليه إلا في حال امتناعه وتواريه، أو هربه من مجلس الحكم، أو تعززه، وحينئذ يحكم عليه دون حضوره.

يقول الإمام النووي: «وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد، أو مستتراً لا يقدر عليه، أو متعززاً»[٤].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. وينظر: فتح العلي المالك للشيخ عليش: ٢/ ٣٠١.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٨٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحاشية الشرواني عليها: ١٠/ ١٦٣ ـ ١٦٤.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠.

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي: ١٢/ ٨.

أقول: ويرد على هذا الضابط الذي ميز الجمهور به الغائب الذي يحكم عليه من غيره، أن العديد من الأدلة التي استندوا إليها لا تنطبق على هذا الضابط، فأبو سفيان كان حاضراً بمكة، ولم يكن ممتنعاً عن الحضور، ولا متوارياً، وكذلك كان حال الأسيفع، فقد كان داخل البلد، ولم يمتنع عن الحضور، فاستدلال الجمهور بهذه الأدلة يتعارض مع هذا الضابط الذي وضعوه، والأولى أن يعتمدوا في استدلالهم لمذهبهم على أدلة أخرى.

الفريق الثاني: ويمثله الظاهرية الذين خالفوا الجمهور، ورأوا أن التغيب عن الحضور إلى مجلس الحكم يعد ضابطاً كافياً حتى يكون الشخص غائباً، يقول صاحب المحلى: «إن كل من لم يحضر مجلس الحكم فهو غائب عنه، ولو كان في رحبة باب دار الحاكم»[1].

- **النقطة الثانية**: وهي حالة البعيد خارج البلد لمسافة أقل من مسير عشرة أيام:

اختلف جمهور الفقهاء القائلون بأن الغائب هو من لم يكن حاضراً بالبلد، في تحديد الغياب الذي يعتد به في الحكم على الغائب على عدة أقول:

القول الأول: اشترط أصحابه أن يبعد الغائب عن موضعه الذي خرج منه مسافة يوم، من طلوع الفجر إلى أوائل الليل.

وبيان ذلك: أن يكون الشخص المدعى عليه في موطن بعيد عن مجلس القضاء، بحيث يترتب عليه إذا أراد الحضور أن يخرج من موضعه الذي هو فيه مبكراً من طلوع الفجر، وأن يعود إلى موطنه الذي خرج منه متأخراً في الليل بعد فراغ المحاكم، فيكون غائباً بناءً على ذلك، ولا يجب على هذا الشخص الحضور؛ لأن في إيجاب الحضور من موضعه ذاك مشقة بمفارقة الأهل والوطن

(١) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٥.

ليلاً، وهذا القول هو المعتمد عند الشافعية(١).

فالمعول عليه هنا هو رجوع الغائب إلى موضعه في أوائل الليل، فإن تمكن من العودة قبل ذلك فلا يعد غائباً، وإلا فهو كذلك.

القول الثاني: يشترط أن يبعد الغائب عن البلد مسافة القصر(٢)، واستدل أصحابه لذلك بأن الشرع رتب عليها الأحكام في عدة مواضع؛ وهذا رأي بعض الشافعية(٣)، والحنابلة(٤)، والزيدية(٥).

القول الثالث: ورأى أصحابه أن الغائب يجب أن يبعد عن مجلس القضاء مسافة تقدر بمسيرة عشرة أيام مع الأمن، أو يومين فأكثر مع الخوف، ولا يعد من كان بعيداً دون هذه المسافة غائباً، وهو رأي المالكية(٦).

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٤. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٨٢. وينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٩٢.

(٢) تعدت الآراء الفقهية في تقدير المسافة: فرأى الحنفية تقديرها بالزمن، وهو ثلاثة أيام من أقصر أيام السنة، بأن يسير المسافر سيراً متوسطاً بسير الإبل أو مشي الأقدام. ينظر: اللباب في شرح الكتاب للميداني: ١/ ١١٠. أما المالكية والشافعية والحنابلة فقدورها بأربعة برد، وهي تساوي ستة عشر فرسخاً، والفرسخ ثلاثة أميال، فتكون مسافة القصر ثمانية وأربعين ميلاً، أو ما يساوي مسيرة يوم وليلة، أو يومين قاصدين. ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي: ٥٨. حاشية الدسوقي: ١/ ٣٦٣. أسنى المطالب للأنصاري: ١/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨. حاشية قليوبي وعميرة: ١/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠. مغني المحتاج للشربيني: ١/ ٥٢١ ـ ٥٢٢. كشاف القناع للبهوتي: ١/ ٥٠٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ١/ ٢٩٢.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١.

(٤) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٢٧. وينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠.

(٥) البحر الزخار للمرتضى: ٥/ ١٣٠.

(٦) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. وينظر: شرح ميارة للفارسي: ٢/ ٢٨.

القول الرابع: ورأى أصحابه أن الغائب الذي تسمع البينة عليه ويقضى بها هو من كان خارج ولاية القاضي، وهو قول عند الشافعية[١].

إلا أن المالكية كان لهم تقسيم خاص، فقد قسموا الغيبة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الغياب القريب، ومسافة هذا الغياب محددة بأن يكون الشخص بعيداً عن مجلس القاضي مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة، بشرط أن يكون الطريق آمناً، وهنا يعد من كان حاله كذلك بحكم الحاضر، ويرسل القاضي إليه كتاباً مرة أو مرتين لإعلامه بموضوع الدعوى، فإما أن يحضر أو يوكل بالحضور، فإن لم يحضر ولم يوكل، حكم عليه في كل شيء، فإذا جاء الغائب معترضاً على الحكم بعد صدوره لم تقبل حجته؛ لانتفاء عذره إلا في النسب والطلاق ونحوه[٢].

القسم الثاني: الغياب المتوسط، وهو أن يبعد الشخص عن مجلس القضاء مسيرة عشرة أيام مع الأمن، أو يومين مع الخوف، فيقضى عليه في هذه الحالة في قضايا الأحوال الشخصية، وفي القضايا المدنية، كالديون والعروض والحيوان، ولا يقضى عليه في دعوى استحقاق العقار؛ لكثرة مشاحة الناس في العقار، فتؤخر الدعوى فيه حتى يقدم، فإذا حضر الغائب بعد الحكم وطعن في الدعوى، كجرح شهود، نقض الحكم، وقد سمى بعض المالكية هذا القسم بالغيبة البعيدة[٣]، وميزوا الأخير باسم الغيبة المنقطعة.

---

(١) حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣١٢. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. وينظر: شرح ميارة للفاسي: ٢/ ٢٨. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٨. منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٧١. شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٣/ ١٥٤. تبيين المسالك للشنقيطي شرح تدريب السالك: ٤/ ٣٤٣.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٨. وينظر: حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ٤٥.

القسم الثالث: الغياب البعيد المنقطع[١]، وضابط هذا القسم أن يكون الشخص بعيداً جداً، وضربوا لذلك مثالاً بأن يكون القاضي في مكة أو المدينة، والغائب بعيد في خراسان أو الأندلس أو إفريقية، وقدر بعض المالكية هذه المسافة بمدة أربعة أشهر[٢]، وهنا يحكم على الغائب في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها بيمين القضاء، فإذا جاء بعد ذلك قبلت حجته، ونقض الحكم إذا أثبت مطعناً صحيحاً في البينة[٣].

ثالثاً ـ المناقشة والرأي المختار:

علق ابن حزم ـ رحمه الله ـ على تقسيمات المالكية وتفريقهم بين غيبة طويلة وأخرى غير طويلة، بأن هذا القول ظاهر الخطأ، وهو قول بلا برهان، ورأى بأنه تفريق فاسد.

يقول ابن حزم: «وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي قصيرة بالإضافة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان، فمن غاب عامين إلى العراق، فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر، وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة إلى من غاب عشرة أعوام إلى الهند، وهكذا في كل زمان ومكان»[٤].

---

(١) لا يقصد المالكية بالغياب البعيد المنقطع حالة المفقود، وإنما يقصدون به الغائب الذي بَعُد مسافة كبيرة وعُلم مكانه؛ لأنهم يشترطون في المفقود أن لا يعلم موضعه.

(٢) فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٣٠١.

(٣) حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٠. وينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٢. فتاوى ابن رشد: ١/ ٥٣٦.

(٤) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

ويمكن أن يلاحظ أيضاً على بقية الأقوال: بأن تفريق المالكية بين دعاوى النسب والطلاق وغيرها من الدعاوى في قبول الطعن في الأولى دون غيرها، هو تفريق بلا دليل.

أما قول الشافعية: إن الغياب الذي يعتد به هو الذي يترتب عليه أن يعود الغائب إلى موطنه متأخراً في الليل إذا خرج منه مبكراً بقصد حضور مجلس القضاء، فيرد عليه بأن هذا التحديد تم بناءً على وسائل السفر التي كانت متوافرة في ذلك العصر، وتطبيق ذلك على هذا العصر وما طرأ فيه من تقدم يجانب الدقة؛ فإن الزمن المقدر آنذاك لو طبق حالياً لكان الشخص الذي في الصين أو اليابان بحكم الحاضر؛ لتمكنه من العودة إلى موطنه في ساعات عديدة.

ويمكن أن يعترض أيضاً على رأي الحنابلة وبعض الشافعية في تحديد الضابط بمسافة القصر، بأن الفارق واضح بين القصر وحضور مجلس القضاء، فالقصر رخصة منحت للمسافر تخفيفاً عنه، أما في حالة القضاء على الغائب، فإن المسافة حددت هنا لدفع مشقة الحضور إلى مجلس القضاء.

إن نظرة تأمل للأقوال الفقهية في هذه المسألة، تظهر أن تحديد المسافة بالأيام، أو بمسافة القصر، إنما كان بناءً على وسائل النقل المتوافرة آنذاك، إضافة إلى الأعداد القليلة، والمدن الصغيرة التي كانت موجودة، فكان تقدير المسافة مناسباً لذلك.

أما في هذا العصر، فيجب النظر قبل اختيار أي قول إلى الأمور الآتية:

١ ـ الاختلاف الكبير في وسائل النقل والمواصلات التي تطورت بشكل هائل، حتى إن المسافة التي كانت تستغرق الشهور، أضحى بالإمكان اختصارها إلى بضع ساعات، فضلاً عن وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي التي

يمكن من خلالها للغائب أن يعلم بمجريات مجلس القضاء فور حدوثه، أو أن يوكل شخصاً بالحضور نيابة عنه، أو أن يطلب التأجيل لحين حضوره.

٢ ـ اتساع المدن الحديثة مقارنة بالمدن القديمة، فلا وجه للمقارنة بين اتساع المدن الحديثة التي تضخم بعضها ليضم عشرات الملايين، وامتدت لعشرات الكيلومترات، وبين أكبر المدن القديمة.

من خلال ذلك كله أقول: إن الرأي الأنسب في تحديد ضابط الغياب الذي يعتد به للحكم على الغائب في هذا العصر، هو قول الحنابلة وبعض الشافعية، الذين حددوا المسافة بمسافة قصر الصلاة، ذلك أن تحديدها بالأيام يجانب الصحة في هذا العصر، فالمسافة ما بين دمشق وحلب مثلاً، يحتاج من أراد قطعها إلى أربع أو خمس ساعات من الزمن في حال استخدام القطار أو السيارة، بينما لا تحتاج المسافة ذاتها إلا نصف ساعة إن تم قطعها بالطائرة، فإذا اعتمدت الأيام أو الزمن لتحديد ضابط للغائب من أجل الحكم عليه، كان هذا الضابط مضطرباً، فقد يعد من كان في الرياض مثلاً غائباً بالنسبة لدمشق في حالة استخدام القطار أو السيارة، وقريباً في حال استخدام الطائرة، مع أن المكان لم يختلف، فتحديدها بمسافة القصر أدق وأضبط، وإن كان ثمة فارق بين الأمرين، إلا أنه يؤخذ بهذا التحديد؛ لأن هذه المسافة يحصل العذر بها في العديد من التكاليف الشرعية، والشارع الحكيم رتب الأحكام على هذه المسافة دفعاً للمشقة عن المكلفين، كالإفطار في صوم الفريضة، وقصر الصلاة.

فإن كان المدعى عليه في مسافة دون مسافة القصر فلا يعد غائباً، وإن امتنع عن الحضور إلى مجلس القضاء أو توارى، فيحكم عليه كما يحكم على الغائب، لا لكونه غائباً، بل لامتناعه وتواريه واستتاره.

خلاصة الآراء وثمرة الخلاف:

١ ـ إذا امتنع الشخص المدعى عليه من الحضور إلى مجلس القضاء بعد إبلاغه، أو توارى وتستر، حكم عليه في غيابه بناءً على بينة صحيحة، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء القائلين بجواز الحكم على الغائب.

٢ ـ لا خلاف بين الفقهاء فيمن كان بعيداً مسافة تقدر بعشرة أيام، أنه يعد غائباً.

٣ ـ اختلف الفقهاء فيمن كان بعيداً مسافة دون عشرة أيام على الأقوال الآتية:

أ ـ ذهب الظاهرية إلى عدم تحديد مسافة محددة للغياب، فكل من لم يحضر مجلس القضاء يعد غائباً عندهم، سواء أكان متوارياً أو ممتنعاً أم لم يكن كذلك.

ب ـ لا يعد غائباً من كان بعيداً دون عشرة أيام مع الأمن، أو يومين مع الخوف في المذهب المالكي.

ج ـ يعد غائباً من كان بعيداً مسافة تقصر الصلاة فيها، وهو قول الحنابلة، والزيدية، وبعض الشافعية.

د ـ يعد غائباً من إذا خرج من موضعه مع طلوع الفجر لحضور مجلس القضاء، لم يتمكن من العودة إلا في وقت متأخر من الليل، وهو القول المعتمد عند الشافعية.

هـ ـ يعد غائباً من كان خارج ولاية القاضي، وهو قول ثالث عند الشافعية.

وتظهر ثمرة الخلاف في جواز الحكم على الغائب، فالظاهرية يرون الحكم على الغائب بمجرد غيابه عن مجلس الحكم، ولو كان حاضراً في البلد، أو في رحبة باب دار الحكم.

أما الجمهور فقد وضعوا حداً للمسافة كما سلف بيانه، فلا يحكم على الغائب إلا إذا كان بعيداً المسافة المحددة في كل مذهب، إلا أن يمتنع أو يستتر، فيحكم عليه عندها في غيابه كما يحكم على الغائب؛ لئلا يتخذ الامتناع أوالاستتار ذريعة لتضييع الحقوق.

وخالف الحنفية ذلك كله، فقرروا عدم جواز الحكم على الغائب إلا أن ينيب عنه حاضراً.

* * *

*** المطلب الثاني ـ الحقوق التي يجري فيها القضاء على الغائب:**

يتناول هذا المطلب بيان الأقوال في هذه المسألة عند الجمهور، ذلك أن الحنفية ذهبوا إلى أنه لا يقضى على الغائب إلا أن ينوب عنه خصم حاضر[١]، أما الجمهور فقد ذهبوا إلى جواز القضاء على الغائب، ولكن هل يشمل ذلك جميع الحقوق، أم أنها تشمل المالية منها فقط، أم غير ذلك؟

ذهب بعض الفقهاء إلى التعميم، على حين فرق آخرون وفصلوا على النحو الآتي:

ذهب الظاهرية إلى القول بالقضاء على الغائب في كل شيء كالحاضر تماماً[٢]، ولم يفرقوا في ذلك بين حق وآخر.

أما الجمهور فذهبوا إلى عدم التعميم، وقالوا بالقضاء على الغائب في بعض الحقوق دون الأخرى، إلا أنهم اختلفوا في تحديد تلك الحقوق، وفي التفريق بينها.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٢.

(٢) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

فاعتمد المالكية على تقسيم الغيبة في تفريقهم بين الحقوق التي يقضى فيها على الغائب وتلك التي لا يقضى فيها عليه، وذهبوا إلى القول بالقضاء على الغائب في كل شيء من حقوق الآدميين وفي مختلف قضاياهم، من عقار، أو دين، أو عرض، أو حيوان[١]، وهذا القول يشمل مختلف أنواع الغيبة الثلاثة، إلا أنهم استثنوا من ذلك دعوى استحقاق العقار في الغيبة المتوسطة، فقالوا: لا يقضى عليه في هذه الدعوى في الغيبة المتوسطة، بخلاف دعوى بيع العقار بدين أو نفقة، فيحكم عليه بها[٢].

أما الشافعية فقد فرقوا في ذلك بالنظر إلى كون الحق مالياً أو غير مالي، فذهبوا إلى جواز القضاء في الحق المالي مطلقاً، سواء أكان حقاً لله تعالى أم حقاً للآدمي.

أما الحق غير المالي فقد اختلفوا فيه على الأقوال الثلاثة الآتية:

- **الأول**: جواز القضاء على الغائب في عقوبة الآدمي، كالقصاص وحد القذف، ومنعه في الحدود والتعازير الواجبة لحق الله تعالى، وما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق الآدمي، كالسرقة، فيقضى فيه بالمال دون القطع.
- **الثاني**: المنع من القضاء مطلقاً.
- **الثالث**: جواز القضاء على الغائب مطلقاً. والقول الأول هو الأظهر عند الشافعية[٣].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. وينظر: منح الجليل للشيخ عليش: ٨/ ٣٣١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. وينظر: شرح الخرشي: ٧/ ١٧٢. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٠. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٨.

(٣) عبر الإمام النووي ـ رحمه الله ـ في روضته بالمشهور بدلاً من الأظهر، إشعاراً منه بغرابة =

وذهب الحنابلة إلى التفريق بين الحقوق اعتماداً على تقسم الحق من حيث نسبته، فقد يكون حقاً لله تعالى أو حقاً للعبد، وقد يكون حقاً مشتركاً.

فإن كان الحق للعبد فيقضى فيه على الغائب مطلقاً(١)، وإن كان لله تعالى فلا يقضى فيه على الغائب، أما الحالات التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، كحد السرقة، فذهبوا فيها إلى القضاء عليه بالمال دون القطع؛ لأن المال حق للآدمي(٢). وبمثل قول الحنابلة قال الإمامية(٣).

ويمكن أن يخلص من ذلك إلى اتجاهين رئيسيين للفقهاء في هذه المسألة:

الاتجاه الأول: ذهب أصحابه إلى القول بالقضاء على الغائب في كافة الحقوق، كما يقضى على الحاضر في كافة الحقوق، ولم يفرق أصحاب هذا القول بين حقوق الله تعالى وحقوق العبد؛ وهذا قول الظاهرية(٤)، وقول عند الشافعية(٥).

الاتجاه الثاني: وذهب أصحابه إلى القول بالقضاء على الغائب في الحقوق المتعلقة بالعباد، سواء أكانت مالية، كالديون والعروض، أم غير مالية

= الأقوال الأخرى. روضة الطالبين: ٨/ ١٧٧. وينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٨٠. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١.

(١) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. مطالب أولى النهى للرحيباني: ٦/ ٥٢٨. كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤. الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٩٨.

(٣) شرائع الإسلام للحلي: ٤/ ٧٧.

(٤) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١.

كالعقوبات والتعزيرات المتعلقة بحقوق العباد، وفي قضايا الأحوال الشخصية، كالنسب والرضاع والطلاق.

أما حقوق الله تعالى، فلا يقضى فيها على الغائب، سواء أكانت حداً أم تعزيزاً، وفي الحالات التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد في أمر واحد، كحد السرقة، فيقضى بالمال دون القطع؛ وهذا قول المالكية(١) ـ إلا في دعوى استحقاق العقار في الغيبة المتوسطة ـ وقول الشافعية في الأظهر(٢)، والحنابلة(٣)، والزيدية(٤)، والإمامية(٥).

أدلة الاتجاه الأول:

استدل الشافعية لهذا الاتجاه بالقياس، حيث قاسوا الحدود والتعازير على الأموال(٦)، فالأموال يقضى فيها على الغائب عند الجمهور؛ صيانةً لحقوق الناس، فتقاس الحدود والتعازير عليها؛ صيانة لحقوق الناس أيضاً؛ وكي لا يتخذ الغياب وسيلة للتهرب من إقامة الحدود، أو ذريعةً يلجأ إليها من أراد الزنا أو السرقة، مما يؤدي إلى ضياع الحقوق، وعموم الفوضى وانتشار الفساد.

أما الظاهرية فقد استدلوا بعموم الأدلة التي ساقها ابن حزم للتدليل على

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٠.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٨٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣١٣.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤. الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٩٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ١٠/ ٩٠.

(٤) البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٥) شرائع الإسلام للحلي: ٤/ ٧٧. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٣/ ١٠٤.

(٦) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢١. وينظر: حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦١.

جواز القضاء على الغائب، وذكر بعدها أن الله تعالى لم يخصَّ حاضراً من غائب[١]، ومع أن ابن حزم كان ينكر القياس، إلا أن كلامه يدل على عمله به من حيث النتيجة، ويبدو ذلك من خلال قوله: «ويقضى على الغائب كما يقضى على الحاضر»[٢]، فكما أن الحاضر يقضى عليه في مختلف القضايا، فكذلك يقضى على الغائب.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل الجمهور على منع القضاء في حقوق الله تعالى بما يأتي:

١ ـ إن الحدود والتعازير يتسامح فيها؛ ذلك أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة؛ لاستغنائه تبارك وتعالى، خلافاً لحقوق الآدمي، فإنها مبنية على التضييق[٣].

٢ ـ إن حدود الله تعالى تدرأ بالشبهة ما أمكن؛ لذلك لا يقضى على الغائب؛ لاحتمال أن يدفع الغائب هذا الحد في حال حضوره.

٣ ـ إن الحدود يسعى في دفعها، ولا يتوسع في بابها.

و استدلوا على جواز القضاء على الغائب في حقوق الآدمي بحديث هند المتقدم ذكره، ووجه استدلالهم به قضاء النبي ﷺ لهند بأن تأخذ من مال أبي سفيان، وهو من جملة حقوق العباد.

أما المالكية فقد استدلوا لاستثنائهم دعوى استحقاق العقار من جملة القضايا التي يجوز فيها القضاء على الغائب، وذلك في الغيبة المتوسطة فقط،

---

(١) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٧.

(٢) المرجع السابق: ٨/ ٤٣٤.

(٣) ينظر: المنثور في القواعد للزركشي: ٢/ ٩٥. القواعد لابن رجب: ٢٩٧.

بأن النزاع والخصومة في العقار شديدة، مما يورث الحقد والضغائن في النفوس؛ لذلك كان في تأخير الفصل بدعوى استحقاق العقار لحين حضور الغائب المدعى عليه حسماً للنزاع وقطعاً للخصومة، وعللوا جواز القضاء على الغائب في هذه الدعوى في الغيبة البعيدة بضرورة مشقة الصبر[1].

المناقشة والرأي المختار:

انتقد ابن حزم وصاحب البحر الزخار التفريق الذي اتجه إليه المالكية بين الديون والعقارات، وقالا: ليس ثمة وجه للفرق بينها، فكلاهما مال، وحرمة الاعتداء على العروض والديون وغيرها كحرمة الاعتداء على العقار.

يقول ابن حزم: «أما قول مالك فظاهر الخطأ من وجهين: أحدهما تفريقه بين العقار وغيره، وهو قول بلا برهان، وما حرم الله تعالى على أحد من الناس من عقار غيره إلا كالذي حرمه من غير العقار ولا فرق، بل العقار كان أولى في الرأي أن يحكم فيه على الغائب؛ لأنه لا ينقل ولا يغاب عليه، ولا يفوت، بل يستدرك الخطأ فيه في كل الوقت، وليس كذلك سائر الأموال، والوجه الثاني: تفريقه بين غيبة طويلة وغيبة غير طويلة، وهو قول بلا برهان»[2].

ويبدو أن هناك وجهاً لرأي ابن حزم في عدم صحة التفريق بين العقار وغيره، وبين غيبة وغيرها، سيما وأن القضاء إنما شرع حسماً للنزاع، وهذا لا يتم إلا بالاعتماد على بينة واضحة في حال الغياب، وهذا يشمل الدين والعقار على حد سواء.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣.

(٢) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

ثم إن الحق الذي يملكه المدعى عليه في نقض الحكم حين عودته يشهد لذلك، خاصة وأن العقار ـ كما أشار ابن حزم ـ ثابت لا ينقل، ولا يمكن أن يُغيَّب، بل إن استدراك الخطأ أو الخلل ممكن فيه.

والرأي المختار في هذا المطلب هو رأي الجمهور بجواز القضاء على الغائب في مختلف الحقوق المتعلقة بالعباد، من مال، أو عقار، أو عروض، أو عقوبة لحق العباد؛ ذلك أن حقوق العباد مبنية على المشاحة.

أما حقوق الله تعالى، فالأولى أن لا يتم الحكم فيها على الغائب؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة واليسر والرحمة، ثم إذا كانت الحدود تدرأ بالشبهات في حالة حضور المحكوم عليه، فمن باب أولى أن يحتاط فيها إن كان غائباً.

* * *

*** المطلب الثالث ـ شروط الدعوى على الغائب:**

لابد لإقامة الدعوى على الغائب من شروط، ولكن هل تختلف شروطها عن شروط الدعوى على الحاضر؟

لم يفرق الظاهرية بين الدعوى على الحاضر والدعوى على الغائب، واكتفوا بشروط الدعوى على الحاضر ذاتها؛ ذلك أن القضاء على الغائب كالقضاء على الحاضر[1].

أما جمهور الفقهاء فكان لهم رأي آخر، وأضافوا شروطاً أخرى، فذهب الشافعية إلى أن سماع الدعوى على الغائب يشترط فيها الشروط العامة لصحة الدعوى، وهي: بيان المدعى به، وبيان قدره ونوعه ووصفه، والمطالبة

(١) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

بالمدعى به[١]، غير أنهم لم يكتفوا بتلك الشروط العامة في الدعوى على الغائب، فأضافوا زيادةً على ذلك الشرطين الآتيين:

١ ـ أن يملك المدعي حجة تثبت صحة ادعائه على الغائب؛ لأن الهدف من الدعوى إثبات الحق، وطريق ذلك محدد بالإقرار، أو اليمين المردودة، أو البنية، والإقرار واليمين متعذران لغياب المدعى عليه، مما يجعل البينة متعينة لإثبات الحق[٢].

ولا تسمع الدعوى على الغائب بلا بينة سابقة للدعوى؛ لأن الدعوى ليست مما يفوت، فإذا وجدت الحجة أوجدت الدعوى[٣]، إلا أن البلقيني[٤] لم يسلم بذلك، واعترض على اشتراط البينة لصحة سماع الدعوى، وقال بصحة الدعوى وإن لم يكن ثمة بينة، غير أن القاضي لا يحكم إلا إن استند قضاؤه إلى حجة من شاهدين، أو شاهد ويمين، أو علم القاضي[٥]، فالحجة عنده شرط للحكم لا لسماع الدعوى[٦].

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦. والمدعى به: هو الشيء الذي ادعاه المدعي، ويقال له: المدعى أيضاً. ينظر: معين الحكام للطرابلسي: ١٣٣. نظرية الدعوى لياسين: ٢٧٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨.

(٣) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٤) **البلقيني**: (٧٢٤ ـ ٨٠٥هـ)، هو عمر بن رسلان بن نصير، الفقيه، الشافعي، المحدث، الحافظ، المفسر الأصولي، المتكلم النحوي اللغوي، سراج الدين، أبو حفص، ولد ببلقينة من قرى مصر الغربية، ولي قضاء الشام سنة ٧٦٩هـ، وتوفي في القاهرة، من كتبه الكثيرة: التدريب ولم يتمه، وتصحيح المنهاج. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ٤/ ٣٦. الأعلام للزركلي: ٥/ ٤٦.

(٥) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٦) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨ ـ ٣٠٩. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٦٨.

وقد وافق المالكية[١] والحنابلة[٢] الشافعية في شرطهم هذا، وعلل الحنابلة ذلك بأن الدعوى دون بينة على الغائب لا فائدة منها؛ لأنه لا يوجد ما يثبتها، والحكم دون إثبات غير ممكن.

وخالف ذلك أصبغ[٣] من المالكية، وذهب إلى سماع القضية إذا كانت ترجى له الحجة، وذلك قياساً على الحاضر الذي لا يشترط لسماع الدعوى عليه أن يظهر المدعي البينة قبل الادعاء[٤].

٢ ـ يجب أن يذكر المدعي في دعواه جحود المدعى عليه للحق، وأنه يلزمه تسليمه، وأنه يطالبه بذلك، وهذا ما اشترطه الشافعية[٥].

فإذا قال المدعي: إن المدعى عليه الغائب مقر بثبوت هذا الحق، إلا أنني أقيم البينة لإثبات إقراره خشية عودة المدعي عن إقراره، لم تسمع بينته في هذه الحالة؛ لتصريحه بما ينافي سماعها[٦].

فالبينة شرط للحكم، وهي لا تقام على مقر، إنما تقام على من جحد الحق[٧].

---

(١) التاج والإكليل للمواق: ٨/ ١٥٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤. وينظر: منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٤١٨.

(٣) أصبغ: هو أبو عبدالله بن الفرج، ولد بمصر، سنة ١٥٠هـ، فقيه مالكي، أخذ فقه المالكية عن أشهب وابن القاسم، جمع أقوال مالك، من كتبه: تفسير غريب الموطأ، توفي بمصر سنة ٢٢٥هـ. شجرة النور الزكية لابن مخلوف: ٦٦.

(٤) التاج والإكليل للمواق: ٨/ ١٥٢.

(٥) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٣ ـ ١٦٤.

(٦) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٩.

(٧) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٣. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

ولكن إن قال المدعي بأن المدعى عليه مقر ولكنه ممتنع، أو إقراره غير مقبول، سمعت الدعوى والبينة؛ لأن الإقرار يكاد أن يكون غير موجود[١].

يستثنى من ذلك أيضاً ما إذا أقام البينة لإثبات حقه، لا لإثبات الإقرار، كأن يطلب استيفاء حقه من مال للغائب موجود في المكان التابع للمحكمة التي تنظر في الدعوى، وأن يتقدم بالبينة، فتسمع منه وإن قال هو مقر لي بالحق.

وإن أطلق في دعواه، ولم يذكر إقراراً بالحق ولا إنكاراً، فالأصح أن الدعوى تسمع؛ لأنه قد لا يعلم جحوده ولا إقراره بسبب غيابه، ونظراً للحاجة إلى إثبات الحق، تجعل الغيبة هنا كالسكوت[٢].

إلا أن الحنابلة خالفوا الشافعية في هذا الشرط، فلم يشترطوا بيان إنكار المدعى عليه، وقالوا بسماع البينة له قياساً على الساكت، هذا إذا أطلق في ادعائه، ولم يتعرض لبيان إقرار أو جحود المدعى عليه، لكن لو قال: إن المدعى عليه معترف بالحق، وإن الهدف من إقامة البينة هو الاستظهار، فإن الدعوى لا تسمع منه[٣]، كما قال الشافعية.

مسألة ملحقة ـ غياب المدعى عليه بعد الإقرار أو إقامة البينة:

إن حضور المدعى عليه شرط للحكم عليه عند الحنفية؛ كي لا يفوت إنكاره، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط، أي إن فوات شرط الشيء كفوات ركنه في امتناع العمل به[٤].

---

(١) حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٩

(٢) أسنى الطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٣ ـ ١٦٤.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٤٥.

(٤) المبسوط للسرخسي: ١٧/ ٤٠.

ولكن ما حكم غياب المدعى عليه بعد إقراره، أو بعد إقامة البينة عليه، هل يعد هذا الغياب مؤثراً عند الحنفية فلا يحكم عليه، أم يكتفى بحضوره ابتداءً؟

اتفق فقهاء الحنفية على أن المدعى عليه إذا غاب بعد إقراره بالحق، وقبل الحكم، حكم عليه، وقد أجاز الحنفية الحكم عليه هنا؛ لأن في القضاء بالإقرار إعانة لصاحب الحق في الوصول إلى حقه الثابت بالإقرار[1].

واختلفوا في الصورة الثانية، وهي غياب المدعى عليه بعد إقامة البينة عليه:

فذهب أبو يوسف[2] إلى أنه إذا حضر المدعى عليه وأنكر الحق المدعى به، فأقام الخصم البينة لإثبات ما يدعيه، ثم غاب المدعى عليه قبل الحكم، فإن القاضي يحكم عليه؛ لأن الإنكار سمع منه، والإنكار شرط لسماع البينة، وقد وجد، فيحكم عليه[3].

---

(١) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٨. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١١.

(٢) **أبو يوسف**: هو يعقوب بن إبراهيم، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ، ولي قضاء بغداد زمن الرشيد، وهو أوّل من دعي: قاضي قضاة الدنيا، وهو أوّل من اقترح زي العلماء ليمتازوا به عن الناس، من كتبه: الخراج، النوادر، توفي ببغداد سنة ١٨٢هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ٥٣٥. الفوائد البهية للكنوي: ٢٢٥.

(٣) كان أبو يوسف رحمه الله يرى عدم القضاء بالإقرار أو البينة، وذلك إذا حضر المدعى عليه ابتداءً، ثم غاب، إلا أنه عاد عن هذا القول عندما ابتلي بالقضاء، وذهب إلى القضاء عليه في كلا الحالين استحساناً؛ لحفظ الأموال. تكملة فتح القدير لقاضي زاده: ٧/ ٣١٠. وينظر: شرح الهداية للبابرتي: ٧/ ٣٠٩. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٨.

واعتمد أبو يوسف ـ رحمه الله ـ أيضاً في ذلك على القياس، فقاس هذه المسألة على ما اتفق عليه فقهاء الحنفية من الحكم عليه إذا أقر وغاب، فكذا إذا حضر وأنكر، وأقيمت البينة عليه ثم غاب، فإنه يحكم عليه.

ولم يخالف أبو يوسف الحنفية فيما اشترطوه من الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، إنما قال بأن الإنكار قائم وثابت بعد غيبة المدعى عليه استصحاباً[(١)].

وذهب الإمام أبو حنفية وصاحبه محمد[(٢)] ـ رحمهما الله تعالى ـ إلى القول بعدم القضاء على الغائب وإن حضر بداية الدعوى وأنكر الحق المدعى به؛ لاشتراط قيام الإنكار وقت القضاء، وبقاء الإنكار في حال غيبته أمر يحتمل الرجوع عنه إذا عاد.

واعترض الحنفية على استدلال أبي يوسف بالاستصحاب، بأن الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للإثبات، أما قياسه الحكم بالبينة على الحكم بالإقرار فلا يسلم له؛ لأن أحكامهما مختلفة، فالبينة حجة مطلقة، والقضاء بها

(١) العناية شرح الهداية: ٧/ ٣٠٩. والاستصحاب: مأخوذ من المصاحبة، وهو في الاصطلاح: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناءً على ثبوته في الزمان الأول لعدم الدليل المغير. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ٦٦٢. المنخول للغزالي: ٣٧٢. تيسير التحرير: ٤/ ١٧٦.

(٢) **محمد**: هو ابن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب الإمام أبي حنيفة، إمام بالفقه والأصول ولد سنة ١٣١هـ بواسط في العراق، أصله من حرستا بغوطة دمشق، صَحِبَ أبا حنيفة، وتفقه على أبي يوسف والإمام مالك، دوّن فقه أبي حنيفة، من كتبه الكثيرة: الجامع الكبير والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، والمبسوط، والزيادات، وهي كتب ظاهر الرواية، توفي بالريّ سنة ١٨٩هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٩/ ١٣٤.

يوجب الضمان على الشهود، خلافاً للإقرار؛ فإنه حجة قاصرة[١]، ثم إن البينة حجة لا يجب الحق بها إلا إذا أتبعت بالقضاء، فإقامة البينة لا يوجب الحق، بخلاف الإقرار؛ فإن وجوده يوجب الحق.

وأيضاً، فإن الحكم على الغائب بالإقرار لا يفوت حق الطعن لعدم قيامه، أما الحكم بالبينة، فللمدعى عليه حق الطعن في البينة، فإذا حكم عليه بطل هذا الحق.

وأما قوله بأن الإنكار شرط وقد وجد، فيجاب عنه بأنه لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، وهو صحة القضاء[٢].

* * *

*** المطلب الرابع ـ اليمين في مسألة الدعوى على الغائب:**

وصورة هذه المسألة: أن يدعي أحد الناس أمام القاضي حقاً له على الغائب، فإذا أثبت المدعي صدق دعواه بالبينة العادلة، فهل يحكم له على الغائب اعتماداً على هذه البينة، أم يشترط للحكم أن يحلف المدعي على صحة دعواه واستحقاقه المحكوم به؟

اختلف الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب في ذلك، فذهب بعضهم إلى الوجوب، على حين ذهب آخرون إلى عدم الوجوب، وصرفها آخرون إلى الاستحباب، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى وجوب تحليف المدعي على الغائب بعد إثبات دعواه بالبينة العادلة؛ وهذا القول هو المعتمد عند المالكية[٣]، والأصح

---

(١) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣٠٩.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١٠. وينظر: المرجع السابق أيضاً.

(٣) أسهل المدارك للكشناوي: ٣/ ٢١٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. تبصرة الحكام =

عند الشافعية[١]، وهو الرواية المرجوحة عند الحنابلة[٢]، وهو قول الإمامية أيضاً[٣].

وثمة قول عند المالكية فرقوا فيه بين الدعوى التي تشهد لها البينة بالحق المدعى، وبين الدعوى التي تشهد لها البينة بإقرار المدعى عليه بالحق، فإن كانت البينة تشهد بدين وجبت اليمين، وإن كانت تشهد بإقرار الغائب بالحق، والمدعي يريد إقامة البينة على إثبات إقراره، فلا يحلف معها، ولا حاجة لهذه اليمين، إلا أن المذهب عندهم أنهما سواء في وجوب التحليف؛ لأن الغائب قد يقوم بالأداء بعد الإقرار، فيُحتاج لليمين من المدعي بأن حقه ثابت في ذمه المدعى عليه بعد الإقرار[٤].

ويطلق على هذه اليمين الواجبة: يمين الاستبراء عند المالكية[٥]، ويمين

= لابن فرحون: ١/ ٩٨.

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٠. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٩. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٥/ ٢٦٧. تكملة المجموع: ١١/ ٣٤٣.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٦٩. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٩. إلا أن صاحب منتهى الإرادات قال: «والعمل عليها ـ أي هذه الرواية ـ في هذه الأزمنة لفساد أحوال غالب الناس؛ لاحتمال أن يكون استوفى ما شهدت له به البينة، أو ملّكه العين التي شهدت له بها البينة». ينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣١. فالراجح عند متأخري الحنابلة وجوب التحليف؛ حفظاً لحق الغائب في هذه الأزمنة.

(٣) الروضة البهية للشهيد الثاني: ٣/ ١٠.

(٤) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢.

(٥) منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٧٢. جواهر الإكليل للأبي: ٢/ ٢٣٢.

الاستظهار عند الشافعية[١]، أما عند الحنابلة فهي يمين الاحتياط[٢].

القول الثاني: وذهب أصحابه إلى عدم وجوب تحليف المدعي بعد قيام البينة العادلة؛ وهذا قول المالكية في الرواية المرجوحة عندهم[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة في الرواية المشهورة[٥]، وهو قول الظاهرية[٦]، والزيدية[٧].

وقد ذهب الشافعية في القول المرجوح عندهم إلى صرف عدم الوجوب إلى الاستحباب، فقالوا: يستحب أن يحلف المدعي، وقد نصوا على ذلك صراحة[٨].

أما المالكية والحنابلة، فلم يرد عنهم القول بالاستحباب، ولم يذكر المالكية إلا أنها يمين استظهار، أي: يمين مقوية للحكم فقط[٩].

الأدلـة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب تحليف المدعي على الغائب بعد إثبات دعواه،

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٨. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٠. حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦١.

(٢) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ١٠/ ٩١.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٢.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ١٨٦. حاشية الجمل: ٥/ ٣٥٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٧١٣.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٢٨. الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/ ٤٥٨.

(٦) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

(٧) البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٨) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٠.

(٩) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢.

بأن القاضي مأمور بالاحتياط لحق الغائب والصبي المجنون، ومن الاحتياط لهم أن يستحلف المدعى عليهم لما يأتي:

١ ـ إن إرادة كل واحد من هؤلاء غير واضحة؛ لعجزه عن بيان رأيه، فكان تحليف اليمين احتياطاً لحق هؤلاء[١].

٢ ـ إن الادعاء على الغائب يعتريه الشك في موضوع الدعوى، فيأتي يمين المدعي لإزالة أي احتمال بأن يكون المدعي قد استوفى من مدينه المدعي ما قامت به البينة، أو ملكه الحق الذي يدعيه، أو أسقط عنه جزءاً منه، أو فعل غير ذلك مما يجعل موضوع الدعوى غير موجود[٢].

٣ ـ إن المدعى عليه الغائب لو كان حاضراً، وادعى أن صاحب الحق قد أسقط حقه، أو أبرأه منه، لوجبت اليمين على صاحب الحق؛ لأن المدعي يصبح عندها مدعىً عليه، وإذا كان ادعاء المدعى عليه في هذه الحالة متعذراً لغيبته، أو لعدم تكليفه لكونه صغيراً أو مجنوناً، فيجب أن ينيب الحاكم مكانه من يقوم بهذه الدعوى[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم وجوب تحليف المدعي على الغائب بما يأتي:

١ ـ حديث النبي ﷺ: **«البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»**[٤].

---

(١) المغني لابن قدامة: ١٠/ ٣٩.

(٢) منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٧٢. جواهر الإكليل للأبي: ٢/ ٢٣٢. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢.

(٣) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٩.

(٤) سلف تخريجه ص: ٤٠. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤.

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه أوضح ما يجب على المدعي والمدعى عليه، فطلب من المدعي إثبات صحة دعواه بتقديم بينة عادلة على ذلك، فإن فعل لم يطالب زيادة على ذلك بشيء آخر، وإضافة اليمين إلى البينة مخالفة واضحة لمنطوق الحديث.

فالقضاء على الغائب إنما يتم بالاعتماد على البينة العادلة، وهذا ما أمر الله تعالى به، والبينة العادلة لا يحتاج معها إلى يمين(١).

٢ ـ القياس على الحاضر، فكما أن البينة العادلة على الحاضر لا يحتاج معها إلى يمين، فكذلك البينة العادلة على الغائب(٢).

٣ ـ استدل صاحب البحر الزخار على عدم وجوب التحليف، بنفي ما يدل على الوجوب(٣).

واستدل الشافعية على قولهم بالاستحباب، بأن تدارك التحليف باق؛ لأن الغائب لو حضر وطعن في الحكم، وتم نقضه، فيمكنه الرجوع على المدعي، ويأخذ حقه، ويطلب التنفيذ في ماله، فاستدراك الحق ممكن بغير هذه اليمين، ولذلك رأوا عدم وجوبها، إنما قالوا بالاستحباب فقط؛ احتياطاً لحق الغائب من الضياع(٤).

الرأي المختار:

مر فيما سبق أن القضاء شرع حسماً للمنازعات والخصومات، والقضاء

---

(١) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٢٩. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤. وينظر: المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٥.

(٣) البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٠. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٠. روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٦١.

على الغائب جزء من القضاء، لكنه يختلف عن القضاء على الحاضر، لذلك لابد فيه من زيادة احتياط، ومن ذلك الاحتياط القول بوجوب تحليف المدعي يمين الاستظهار، وهذا ما أميل إلى اختياره؛ لأن في ذلك إثباتاً لبقاء الحق في ذمة الخصم، وبياناً لوجوب الوفاء به، وهذا لا يظهر بالبينة، وهذا القول فيه احتياطٌ للغائب، وحفظ لحق المدعي.

ثم إن قياس الحاضر على الغائب في الاعتماد على البينة في الحكم قياس مع الفارق؛ لأن الغائب لا يستطيع الطعن في هذه البينة أو دفعها، وإن كان حقه بالطعن حال حضوره محفوظاً، إلا أن هذه اليمين تأتي زيادة توثيق واحتياط، ومنعاً للادعاء بالباطل عليه، خاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه أحوال الناس.

وهذا القول لا يخالف منطوق الحديث؛ لأن المدعى عليه لو قدِّر له الحضور، وادعى الوفاء بأي وجه من الوجوه، فعلى المدعي الذي أضحى مدعىً عليه اليمين لدفع ذلك، وهذا يتفق مع الحديث، وليس فيه أي زيادة عليه، والله أعلم.

المقصود باليمين في هذه المسألة:

لا خلاف بين أصحاب القولين بأن اليمين المقصودة هنا هي يمين المدعي، وتكون بأن يقسم على أنه لم يأخذ من المدعى عليه شيئاً، ولم يبرئه من حقه ولا من بعضه، ولا أحاله الغائب به على أحد، ولا استوفى منه، ولا أخذ العوض عنه، كما ينفي فيه توكيل الاقتضاء على الحق أو بعضه، وبأن حقه لم يسقط من ذمة المدعى عليه بطريق من الطرق[1].

---

(١) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٩. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. الذخيرة للقرافي: ١٠/ ١١٣.

ويمكنه أن يجمل ذلك كله بأن يحلف على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه الآن[١].

وهذه اليمين هي شرط للحكم على الغائب، وليست مكملة للحجة، فلو تأخرت عن الحكم لم يبطل حق المدعي بتأخيرها[٢].

وإذا حكم على الغائب قبل أن يحلف لم ينفذ هذا الحكم عند الشافعية[٣]، أما عند المالكية فإن الحكم لا يتم إلا بها[٤].

ولا يتعرض القاضي في اليمين لصدق الشهود؛ لأن البينة كاملة، بل يكتفي ببيان ثبوت حقه في ذمة المدعى عليه[٥].

أما إذا كانت البينة غير كاملة، كأن يثبت المدعي مالاً، حقه بشاهد واحد، ويحلف يميناً لإتمام بينته، فهل تجب مع هذه اليمين يمين أخرى للاستظهار أو الاستبراء، أم يكتفى باليمين التي أتم المدعي حجته بها؟

أجاب الشافعية عن ذلك وقالوا بأن الأصح أن يحلف المدعي يمينين، إحداهما لإكمال الحجة، والأخرى استظهاراً[٦].

وهل تشمل هذه اليمين جميع الدعاوى، أم أنها تخص نوعاً معيناً؟ أجاب الشافعية والإمامية عن ذلك، فقصر الشافعية يمين الاستظهار الواجبة على

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٠. روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٦١.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٠.

(٤) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢.

(٥) حواشي الشرواني: ١٠/ ١٦٦.

(٦) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦. الأشباه والنظائر للسيوطي: ٥٠٨.

الأموال فقط، فلا تجب في غيرها من الدعاوى كالطلاق والعتق[١]، على حين قصر الإمامية وجوبها على الدين دون العين[٢].

مسألة ملحقة ـ يمين الاستظهار في حالة وجود وكيل عن الغائب:

بحث الشافعية هذه المسألة، وأجابوا عن السؤال الذي يقول: هل تجب اليمين على المدعي إذا كان للغائب وكيل حاضر؟

ذهب الشافعية إلى أن يمين الاستظهار واجبة للحكم على الغائب إذا لم يكن له وكيل حاضر، فإن كان له وكيل وحضر عنه، فالمشهور عدم وجوب هذه اليمين إلا بطلب من الوكيل، وذهبوا في القول الثاني إلى الوجوب وإن لم يطلب الوكيل ذلك؛ لأن فيه احتياطاً للقضاء[٣].

وقد يعترض على ذلك بأن حضور وكيل الغائب يجعل الحكم في دعوى الغائب حكماً على حاضر، فلا تجب اليمين عندها، ولو طلبت من الوكيل[٤].

ويرد على هذا الاعتراض بأن العبرة في الخصومات بالموكل لا بالوكيل في وجوب اليمين، فالحكم على الغائب، لا يؤثر فيه حضور الوكيل بالنظر إلى اليمين، فيبقى حكماً على غائب، ويؤيد ذلك قول البلقيني: «للقاضي سماع الدعوى على غائب، وإن حضر وكيله؛ لوجود الغيبة المسوغة للحكم عليه، والقضاء إنما يقع عليه أي: في الحقيقة، أو بالنسبة لليمين، فالحاصل أن

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٨.

(٢) الروضة البهية للشهيد الثاني: ٣/ ١٠٤.

(٣) حاشية الجمل: ٥/ ٣٦١. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٥/ ٢٦٧.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦.

الدعوى إن سمعت على الوكيل توجه الحكم إليه دون موكله، إلا بالنسبة لليمين؛ احتياطاً لحق الموكل»[١].

ويلاحظ على هذا الرد أن اليمين هذه إنما وجبت احتياطاً لحفظ حق الغائب؛ لاحتمال أن يكون قد أدى ما عليه من حق للمدعي، وعند وجود الوكيل الذي يقوم مقام الغائب ويدفع عنه، ويصدر الحكم في وجوده، فليس ثمة معنى للتفريق بأن يكون الحكم موجهاً للوكيل، ويبقى الحق للموكل في اليمين، لذلك فالأفضل أن يقال: إن اليمين لا تجب مع وجود الوكيل.

* * *

*** المطلب الخامس ـ نصب الوكيل عن الغائب في القضاء:**

إذا ادعى إنسان حقاً على آخر، وكان المدعى عليه غائباً، أو متعززاً، أو متوارياً، فهل ينصب القاضي وكيلاً عنه يمثله في الخصومة، وينوب عنه في إنكار المدعى به؛ لتكون البينة بعد إنكار منكر؟

اختلف الفقهاء في ذلك، بما فيهم الحنفية الذين منعوا القضاء على الغائب، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً ـ مذهب الحنفية:

ذهب بعض الحنفية إلى القول بالجواز، فللقاضي أن يقيم وكيلاً عن الخصم إذا اختفى في بيته ولم يحضر إلى مجلس القضاء، واشترطوا لذلك أن يتم إعلامه وإفادته بأنه سيحكم عليه إن لم يحضر، وهذا هو المذهب عندهم.

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٧. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ١١. حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦٢.

إلا أن ثمة فتوى منقولة عن محمد أجاز فيها نصب المسخر[١] عن الغائب عن البلد دون شروط[٢]، أما المتأخرون من الحنفية، فقد ذهبوا إلى جواز إقامة البينة على المسخر، بشرط ألا يعرف القاضي أنه مسخر، فإن علم لم يجز له سماع البينة[٣]، ورأى بعض الحنفية أن يقوم من نصبه القاضي مقام الغائب[٤]، والاتجاه السائد عند الحنفية يشير إلى المنع من نصب المسخر[٥]، ويبدو ذلك من خلال اشتراطهم حضور الخصم، أو أن ينيب عنه خصماً حاضراً، وفسروا الخصم الحاضر بالوكيل، أو الوصي، أو الوارث، أو من كان بينه وبين الغائب اتصال[٦].

والمعتمد عند الحنفية: أن القضاء على المسخر لا يجوز، مما يدل على أنهم لم يقولوا بنصب المسخر عن الغائب إلا في حالات استثنائية حددوها بخمس مسائل.

ثانياً ـ مذهب الجمهور:

تعددت الأقوال عند الجمهور الذين ذهبوا إلى جواز القضاء على الغائب، ويمكن إدراج أقوالهم تحت اتجاهين اثنين:

---

(١) المسخَّر: هو الشخص الذي يُنصَّب وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، ومهمته إنكار المدعى به حتى تكون البينة قائمة على إنكار منكر. فتح القدير لابن الهمام: ٢٨٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٩. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٦.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٦٨.

(٤) الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٤٥.

(٥) معين الحكام للطرابلسي: ٦٠.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٢. وينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١٠، تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٢. نصب الراية للزيلعي: ٥/ ٥٩.

الاتجاه الأول: ذهب المالكية[١]، والشافعية في الأصح[٢]، والحنابلة[٣]، إلى أن القاضي لا يلزم بنصب مسخر ينكر عن الغائب؛ ذلك أن الغائب ربما يكون مقراً بالحق، فيكون إنكار المسخر كذباً، ومقتضى هذا عدم جواز تنصيب الوكيل[٤].

وعلل الحنابلة عدم اللزوم بأن حق الطعن باق للغائب إذا قدم، وله إلغاء الحكم إذا أثبت عدم صحته، فلا حاجة للمسخر حينئذ[٥].

أما المالكية فقالوا: إن إرجاء الحجة للغائب فيما يعمل به أصل معمول به عند القضاة والحكام، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره؛ إذ هو كالإجماع في المذهب، لذلك لا ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب، إنما تقبل حجة الغائب عند عودته[٦].

وقد فسر الشافعية في بعض أقوالهم عدم اللزوم هذا بالقول بأن نصب المسخر لا بأس به، وهو الأولى للخروج من خلاف من أوجبه، وكذب المسخر غير محقق، ثم إن الكذب قد يغتفر في مواضع[٧]، على حين صرفوه في قول آخر إلى الاستحباب، وقالوا: هو المعتمد[٨].

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ١٠٠.

(٢) حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦١. حاشية الجمل: ٥/ ٣٦٠. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٩.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٤٥.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٣٧٠. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٠.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٩ ـ ١٠٠.

(٧) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

(٨) حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٩. وينظر: المجموع للنووي: ١١/ ٣٤٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٥. نهاية الزين للجاوي: ٢٧٣.

الاتجاه الثاني: ذهب الشافعية في أحد الأقوال الضعيفة، وابن القاسم من المالكية إلى أن القاضي ملزم بتنصيب المسخر عن الغائب.

واحتج الشافعية لذلك بالقياس على المتمرد، فالمدعى عليه إذا تمرد ورفض الحضور إلى مجلس القضاء نصب القاضي وكيلاً عنه، ويقاس عليه الغائب، بجامع عدم حضور كل منهما[١].

واستدلوا أيضاً بأن المصلحة المترتبة على إبرام الحكم تبرر الكذب إن وقع من الوكيل[٢].

المناقشة والرأي المختار:

إن القول بإلزام القاضي نصب مسخر عن الغائب ليس فيه مزيد فائدة، فحق الغائب في نقض الحكم قائم إن أثبت فساد الحجة، ويمكنه استدراك حقه، وليس ثمة مانع من سماع الدعوى عليه دون وكيل.

وما ذكر من قياس الغائب على المتمرد قياس غير صحيح؛ لأن الغائب والمتمرد كلاهما سواء في عدم لزوم نصب المسخر، ثم إن القول بأن الغائب يعد بحكم المنكر، أو إن الإنكار هو الأصل، وهذا يغني عن نصب وكيل يتولى هذه المهمة، بناءً على ما اشترط في الحجة من وجوب كونها بعد إنكار منكر، فغاية ما يقال في الإجابة عن ذلك: إن القاضي غير ملزم بتعين وكيل يتولى مهمة الإنكار.

* * *

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٥.

(٢) حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٩. حاشية الجمل: ٥/ ٣٥٩.

*** المطلب السادس ـ نفاذ القضاء على الغائب:**

ذهب الحنفية ـ كما تبين لنا ـ إلى عدم جواز القضاء على الغائب، ولكن إذا صدر حكم قضائي بحق الغائب فهل ينفذ هذا الحكم، أم لا بد له من إمضاء قاض آخر؟

اختلفت الأقوال عند الحنفية في نفاذ القضاء، كما اختلفوا في المراد بالقاضي الذي ينفذ قضاؤه على الغائب، وبيان ذلك في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى ـ نفاذ القضاء على الغائب:

ذهب بعض الحنفية إلى نفاذ القضاء على الغائب، وهذا القول هو إحدى الروايات عندهم، وقد ذكر صاحب الدر المختار أنها الأظهر[١].

أما الرواية الثانية، فذهبوا فيها إلى عدم النفاذ، وقد رجح هذه الرواية أيضاً بعض الحنفية، وكما اختلفت أقوالهم في ترجيح النفاذ وعدمه، اختلفوا كذلك في تعيين المفتى به منهما[٢].

يقول ابن الهمام[٣] في معرض بيانه المراد من قول صاحب الهداية: «القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به، فإنه يجوز؛ لأنه

---

(١) الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٥.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠.

(٣) **الكمال بن الهمام:** (٧٩٠ ـ ٨٦١هـ)، هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، إمام من علماء الحنفية، عارف بأصول الديانات، والتفسير والفرائض والفقه، والحساب واللغة والموسيقى والمنطق، أصله من سيواس، وُلد بالإسكندرية، وبلغ في القاهرة، وأقام بحلب مدة، وجاور بالحرمين، كان معظماً عند الملوك، توفي بالقاهرة، من كتبه: فتح القدير والتحرير. الأعلام للزركلي: ٦/ ٣٥٥، الضوء اللامع للسخاوي: ٨/ ١٢٧ ـ ١٣٢.

مجتهد فيه»[١]: إن معنى ذلك أن القاضي إذا رأى مصلحة في الحكم على الغائب وله، فإن قضاءه يعد نافذاً؛ لأنه قضاء في مجتهد فيه، وقضاء القاضي هنا يرفع خلاف العلماء في القضاء على الغائب[٢].

ويرى صاحب تبيين الحقائق وصاحب فتح القدير وغيرهم، عدم نفاذ القضاء على الغائب، بل يوقف ذلك على إمضاء قاض آخر[٣]، وتعليل ذلك أن نفس القضاء مجتهد فيه، واستدلوا لذلك بمثال القاضي الذي يصدر الأَحْكام، وهو محدود بحد قذف، فإن حكم هذا القاضي لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر، فالقضاء الصادر من القاضي المحدود مجتهد فيه، يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر، أما إذا كان الاختلاف في واقعة، وحَكَمَ الحاكم بأحد القولين، فإن حكمه ينفذ دونما حاجة إلى أن ينفذه قاض آخر؛ لوجود الاختلاف في تلك الواقعة قبل الحكم.

وقد رد السرخسي[٤] ـ وهو ممن يرى نفاذ القضاء ـ القول بأن المجتهد فيه نفس القضاء، فقال: «بل المجتهد فيه سبب القضاء، وهو البينة، هل تكون حجة من غير خصم حاضر، أم لا؟ فإن رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ

---

(١) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. وينظر العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٢. نصب الراية للزيلعي: ٤/ ٣٦٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢.

(٤) **السرخسي**: هو محمد بن أحمد، أبو بكر، شمس الأئمة، من سرخس بخراسان، فقيه، أصولي، قاض، مجتهد، من أئمة الحنفية، أملى نصف كتابه المبسوط وهو سجين في جبّ، له كتاب: الأصول، توفي بفرغانة سنة ٤٨٣هـ. معجم المؤلفين لرضا كحالة: ٨/ ٢٣٩، الأعلام للزركلي: ٥/ ٣١٥.

قضاؤه»[١]، ومثال ذلك: أن يقضي القاضي اعتماداً على شهادة شخص محدود في قذف[٢]، فالشهادة هنا هي سبب القضاء، وقد اختلف في شهادة المحدود في قذف، فإذا قبلها الحاكم وقضى بها نفذ قضاؤه.

وقد نقل بعض الحنفية الإجماع على نفاذ القضاء على الغائب إذا حكم به القاضي، وقد تعجب ابن نجيم من هذا الكلام ونفى صحة هذه الدعوى[٣]؛ لأن من قالها قد سبق بها، وهذا كلام دقيق منه؛ لأن في المذهب أقوالاً تصرح بأن الفتوى عند الحنفية على عدم النفاذ[٤]، وهذا ينفي صحة الإجماع.

وقد ذكر ابن عابدين ـ رحمه الله ـ أن الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب هو صورة عن الخلاف في أقسام القضاء الثلاثة عنده، وهي:

١ ـ قسم يرد بكل حال، وهو ما خالف النص والإجماع.

٢ ـ قسم يمضى بكل حال، حتى لو رفع إلى قاض آخر لا يراه، أنفذه وأمضاه ولا يبطله، وذلك حينما يكون الخلاف لا في نفس القضاء بل في سببه، كالقضاء بشهادة المحدود في القذف بعد التوبة، فإن الشافعية يرون قبول شهادته، فإذا حكم بها القاضي الشافعي، فعلى الحنفي إمضاء هذا القضاء، وليس له أن يبطله؛ لأن الخلاف في هذه الشهادة، هل تعد حجة للحكم أم لا؟ أما الحكم نفسه فلا خلاف فيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٣.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. الفتاوى الهندية: ٣/ ٦٢٨.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧، ٧/ ١٧.

(٤) ثمة أقوال في المذهب نصت على أن الفتوى على النفاذ، وخلص ابن نجيم إلى أن الحاصل أن في نفاذ القضاء على الغائب روايتين، صححوا في باب المفقود رواية النفاذ، وفي كتاب القضاء رواية عدمه. ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧.

٣ ـ الحكم المجتهد فيه، وهو ما وقع الخلاف فيه في الحكم نفسه، فقيل: ينفذ، وقيل: لا ينفذ إلا إذا أنفذه قاض آخر، وهذا هو الصحيح، وصحح بعضهم الأول[١].

ثم ذكر الاختلاف في نفاذ القضاء على الغائب، فرأى بعضهم أنه من القسم الثالث، فلا ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر، بناءً على أن الاختلاف في نفس القضاء على الغائب، وقيل: هو من القسم الثاني، فينفذ بلا توقف على قاض آخر، بناءً على أن الاختلاف لا في نفس القضاء، بل في سببه.

وقد حاول ابن نجيم الخروج من هذا الخلاف الذي يعود بالنقض على مذهب الحنفية، وبعد عرضه لآراء فقهاء الحنفية ظهر له ما يجب المصير إليه في موضوع القضاء على الغائب، وذلك بأن يخصص القول بالفتوى بنفاذ القضاء على الغائب بالحكم على المفقود، لا في مطلق الغائب[٢]، واستدل لذلك بما جاء في فتاوى قاضي خان من أنه إذا ادعى رجل على آخر فقال: إن لأبي الغائب على هذا الرجل ألف درهم، وأخاف أن يتوارى حتى لا أجده، فجعل القاضي ابنه وكيلاً عنه، وقبل بينته، وحكم له بذلك، ثم رفع هذا القضاء إلى قاض آخر، فإن الثاني لا يجيز قضاء الأول؛ لأن البينة التي تقدم بها الابن لم تثبت حقاً على الغائب حتى يكون قضاءً على الغائب، وإنما قامت بحق للغائب[٣].

وهذا بخلاف المفقود، إذا أقام القاضي ابنه وكيلاً في طلب حقوقه؛ لأن المفقود بمنزلة الميت، فكان للقاضي التصرف في ماله.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤، ٥/ ٣٩٤، باختصار.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧ ـ ١٨.

(٣) جامع الفصولين لابن قاضي سماوة: ١/ ٥٤.

وهذه الفتوى تدل على الاختلاف مابين المفقود ومطلق الغائب، وإن مجال ولاية القاضي على مال المفقود أوسع من ولايته على مال غيره، ويشهد لذلك قول الرملي[١]: «وقد كثر كلامهم: للقاضي بسوطةُ يدٍ في مال المفقود ما ليس في مال الغائب»[٢]، ولذلك صرف ابن نجيم رواية النفاذ إلى مسألة المفقود، ورواية عدم النفاذ إلى الغائب غير المفقود[٣]، غير أن الرملي عقب على كلام ابن نجيم السابق، وقال: «لا يظهر التخصيص بالمفقود من كلامهم، بل الظاهر التعميم، ثم إذا لوحظ الحرج والضرورة يجب اعتبار عدم مراجعة الغائب وإحضاره، حتى لو أمكن لا يصح؛ لعدم الضرورة»[٤]، واعترض على استدلال ابن نجيم بما في فتاوى قاضي خان، بأن ذلك لا دلالة فيه على التفريق في الحكم بين الغائب والمفقود، إنما يدل على أن مجال تصرف القاضي في مال المفقود أوسع من تصرفه في مال الغائب؛ لأن المفقود بمنزلة الميت.

ويميل الباحث أخيراً إلى اختيار القول بنفاذ القضاء على الغائب؛ لأن صدور الحكم عليه تم بناءً على بينة رأى القاضي قبولها، وجل الخلاف في هذه المسألة هو حول البينة، هل تعد حجة دون إنكار من المدعى عليه؟ وهل يقبلها القاضي أم لا؟ وقد أزال حكم الحاكم هذا الخلاف، فينبغي أن يصار إلى تنفيذ

(١) الرملي: هو الشيخ خير الدين بن أحمد نور الدين الرملي المفتي الحنفي، صنف حاشية على الأشباه والنظائر، وحاشية على جامع الفصولين، توفي سنة ١٠٨١هـ. ينظر: منحة الخالق لابن عابدين بهامش البحر الرائق: ١/ ٢. اللباب شرح الكتاب«مقدمة التحقيق»: ١/ ١١.

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق: ٧/ ١٧.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧.

(٤) منحة الخالق على البحر الرائق: ٧/ ١٧ ـ ١٨.

هذا الحكم، وهو أعم من أن يخص بالمفقود فقط، خاصة وأن المثال الذي استدل به ابن نجيم إنما يدل على منع القضاء للغائب والمفقود، وليس فيه أي قضاء عليهما.

المسألة الثانية ـ القاضي الذي ينفذ قضاؤه:

حاول الحنفية عدم نقض الأصل الذي ذهبوا إليه، وهو عدم القضاء على الغائب، ومن هنا نشأ الخلاف بينهم في بيان المراد بالقاضي الذي ينفذ قضاؤه، هل يشمل الحنفي وغيره، أم أن المراد به القاضي غير الحنفي؟

أرجع ابن نجيم[١] السبب في هذا الاشتباه إلى فهم عبارة الهداية التي جاء فيها أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به[٢]، وموضع الخلاف ناجم عن شرحهم قول صاحب الهداية: «إذا رآه القاضي».

فرأى بعض الحنفية أن معنى ذلك أن يجعل القاضي ذلك رأياً له واعتقاداً، فيحكم به[٣]، وبهذا التفسير يخرج القاضي الحنفي؛ لأنه لا يرى القضاء على الغائب، وهذا المعنى يوافق ما جاء عند الزيلعي: «والحكم على الغائب لا يجوز عندنا، فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز»[٤].

فقوله: «قاض يرى ذلك» يدل صراحة على تخصيص ذلك بالقاضي غير الحنفي، فيخرج القاضي الحنفي الذي لا يجوز قضاؤه على الغائب.

وذهب فريق آخر من فقهاء الحنفية إلى أن المعنى: أن يرى القاضي مصلحة

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧.

(٢) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠.

(٣) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٢.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠. وينظر: الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠.

في الحكم للغائب وعليه فيحكم بذلك، وبهذا التفسير يدخل القاضي الحنفي وغيره[١].

ويرجح ابن نجيم القول بأن المقصود بالقاضي من يراه من غير الحنفية، واستدل لذلك بإجماع الحنفية على عدم القضاء على الغائب، ورأى أن تفسيره بالشمول للحنفي وغيره يلزم عنه هدم مذهب الحنفية[٢]، إلا أن الرملي أورد على قول ابن نجيم السابق بأنه لا خلاف في نفاذ القضاء، إنما خلاف الحنفية مع غيرهم هو في حل الإقدام على القضاء، فعند الحنفية لا يحل، وعند الجمهور يحل، فالقاضي عنده أعم من أن يكون شافعياً، فهو يشمل الحنفي أيضاً[٣].

وقد حاول ابن عابدين ـ رحمه الله ـ تضييق دائرة الخلاف ما بين القولين، فقال: إن قضى الحنفي على الغائب فإنه يأتي الخلاف فيه، كالخلاف الوارد في حالة الحكم في مجتهد فيه، فإن قيل بجواز ذلك، وهو أحد القولين فيه، لم يبق فرق بين الحنفي وغيره في نفاذ القضاء على الغائب، وقد حمل هذا التوجيه على ما ورد عند بعض الحنفية من القول بأنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي[٤].

وكلام ابن عابدين يدفع تخصيص الجواز بالقاضي الذي يراه، وقول من ذهب إلى نفاذ قضاء القاضي الذي يرى جوازه ـ أي القاضي غير الحنفي ـ؛ لأن القاضي إن حكم بناءً على المصلحة التي يراها فينبغي أن ينفذ حكمه، ولو كان القاضي حنفياً؛ لأن تجويز هذا إنما كان للمصلحة والضرورة.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧.

(٣) منحة الخالق على البحر الرائق: ٧/ ١٧.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٤، بتصرف.

*** المطلب السابع ـ عودة الغائب وأثرها في الحكم عليه:**

سأبحث في هذه المطلب نقطتين، الأولى أثر عودة الغائب في سماع الشهادة، والثانية أثر عودته في نقض الحكم.

النقطة الأولى ـ أثر عودة الغائب في سماع الشهادة:

إذا عاد الغائب وحضر مجلس القضاء أطلعه القاضي على بينة خصمه، وقرأ عليه شهاداتهم وأسماءهم، وأماكن إقامتهم، سواء أكان ذلك قبل الحكم أم بعده.

ولكن لا يجاب طلبه إذا ما طلب إعادة سماع الشهود في حضوره[1]؛ لأن الشهادة قد أديت.

وقد نص المالكية على وجوب التصريح بأسماء الشهود الذين يثبت بهم الحكم على الغائب، ليتمكن من رد شهادتهم في حال عودته[2].

فإذا لم يسم القاضي المشهور بعدالته الشهود، ولم يسجل أسماءهم، وكان هؤلاء الشهود معروفين بالعدالة عند القاضي، لم يقبل فيهم طعناً، ولا ينقض الحكم.

أما إن لم يكن الحاكم مشهوراً بالعدالة والفضل، فإن عدم تسمية الشهود يتيح لمن بعده أن يتعقب الحكم، وأن يطالب بنقضه[3].

وهناك رواية أخرى عند المالكية باستحباب التسمية ونفاذ الحكم[4]، سواء

(١) حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣١٤. كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. جواهر الإكليل للأبي: ٢/ ٢٣٢.

(٣) فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٢٩٧. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٩.

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٣.

أسجل أسماء الشهود وصرح بهم أم لم يفعل، إلا إنها رواية مطروحة عند قضاة المالكية[١].

والمعمول به الآن في المحاكم وأجهزتها الإدارية، أن يحفظ كل ما يتعلق بالقضية في سجلات تتضمن إجراءات الدعوى والمرافعات، وسماع الشهود وأسماءهم، وأسماء الخصوم، وكل ما يتعلق بالدعوى بشكل عام.

النقطة الثانية ـ أثر عودة الغائب في نقض الحكم:

لا تخلو عودة الغائب من أن تكون واحدة من صورتين: فإما أن تكون عودته بعد رفع الدعوى عليه، وقبل صدور الحكم، أو أن تكون بعد الحكم، فهل ثمة أثر يترتب على عودته فيما يخص إمضاء الحكم ونفاذه أم لا؟

سآتي على بيان ذلك في كل صورة بشكل مستقل فيما يأتي:

الصورة الأولى: أن يقدم الغائب قبل الحكم وبعد الدعوى، وهنا تعد عودته مانعة من إصدار الحكم، ويوقف لحين حضوره إلى مجلس القضاء، فإن حضر وجرح الشهود، أو ادعى قضاء الحق، أو الإبراء منه، وأثبت ذلك ببينة، سقطت الدعوى، وإلا حكم القاضي عليه بعد تعديل الشهود[٢].

وإذا طلب المدعى عليه من القاضي مهلة أعطاه القاضي مدة ثلاثة أيام، فإن طعن في الشهود وأثبت ذلك سقطت الدعوى، وإلا حكم عليه[٣]؛ هذا ما ذهب إليه الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب، وليس فيه خلاف يذكر.

---

(١) فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٢٩٧.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٧٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣١٤.

(٣) المدونة الكبرى: ٤/ ١٤.

الصورة الثانية: أن يقدم الغائب بعد صدور الحكم، فإن طعن بالبينة وجرح الشهود بأمر كان فيهم قبل الشهادة نقض الحكم.

أما إن جرحهم بأمر طرأ عليهم بعد أداء الشهادة يمنعهم منها فلا يؤبه بهذا الجرح، ولا ينقض الحكم، وكذلك إذا جرحهم وأطلق دون بيان وقت لم يقبل القاضي جرحه؛ لأنه يجوز أن يكون جرحه لهم قد طرأ عليهم بعد الحكم.

ويؤجل القاضي الغائب الذي حكم عليه ثلاثة أيام إن طلب التأجيل، فإن حضر وطعن بالبينة على التفصيل السابق قبل منه، وإلا نفذ الحكم عليه[1].

وإن ادعى المحكوم عليه أنه قضى الحق المحكوم به عليه، أو ادعى الإبراء منه وأثبت ذلك ببينة عادلة، نقض الحكم، وإلا فلا.

فإذا تمكن الغائب من دفع الدعوى عند القاضي وأثبت جرح البينة، ونقض القاضي الحكم السابق الذي صدر بحقة،كان من حق الغائب استرداد المحكوم به إن كان قائماً بيد المدعي، فإن بيع مال الغائب رجع به على المدعي، ولا ينقض البيع إلا في حالة وجود المبيع بيد المشتري لم يتغير حاله، فله حينئذ أن يأخذه ويدفع الثمن، ويرجع به على المدعي، وهذا ما ذكره المالكية[2].

وخلاصة القول في ذلك أن نقض الحكم يترتب عليه استرداد الحق بذاته إن كان قائماً بيد المدعي، أو التعويض عنه إن تعذر الاسترداد بما يحقق إعادة الحق إلى نصابه؛ وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء بشكل عام، وإن لم ينصوا على ذلك صراحة فيما اطلعت عليه.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٧١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٣. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣١٤. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٨. البحر الزخار للمرتضى: ٦/ ١٢٩.

(٢) الذخيرة للقرافي: ١٠/ ١١٦.

المبحث الثالث
الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له

*** المطلب الأول ـ حكم الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له:**

تناولت في القضاء على الغائب الحكم الفقهي للمسألة عندما يكون الغائب مدعى عليه، ولكن: ما الحكم عندما يكون الغائب مدعى عنه، أي بمقام المدعي حكماً؟

وصورة ذلك أن يكون للغائب مال حاضر، سواء أكان ديناً أم عيناً، ويخشى على هذا المال من الغصب، أو التلف، أو الفوات، أو أن يكون له دين على شخص يخشى فراره أو جحوده، فهل يجوز لشخص آخر غير الغائب أو وكيله أن يقوم بالادعاء والمخاصمة عنه للمحافظة على حق الغائب؟ وهل تسمع هذه الدعوى ويحكم بها للغائب؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على الأقوال الآتية:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى عدم سماع هذه الدعوى، وقالوا: لا يجوز القضاء للغائب مطلقاً؛ وهذا قول الإمام أبي حنيفة(١) ـ رحمه الله ـ

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١١. بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ٢٤، ٧/ ٨. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٤٥.

والإمام أبو حنيفة: (٨٠ ـ ١٥٠هـ)، هو النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد، أحد الأئمة الأربعة. ولد ونشأ في الكوفة، أصله من فارس، كان تاجراً يبيع الخز ويطلب العلم، ثم تفرغ للتدريس والإفتاء، امتنع عن القضاء فحبس إلى أن مات زمن الخليفة المنصور، له مسند، وينسب إليه كتاب: الفقه الأكبر. سير أعلام النبلاء: ٦/ ٣٩٠. الجواهر المضية لعبد القادر القرشي: ٤٩.

الذي منع من القضاء على الغائب وله على حد سواء[١]، وهو قول بعض المالكية[٢]، وقول الشافعية أيضاً[٣].

القول الثاني: وذهب أصحاب هذا القول إلى جواز القضاء للغائب مطلقاً، حيث يستطيع من قام عن غائب يطلب حقاً له أن يخاصم عنه في ذلك وإن لم يكن ثمة توكيل، سواء أكان قريباً للغائب أم لم يكن، كما رأوا أن للقاضي أن يوكل من يطالب بحق الغائب؛ وهذا قول الصاحبين من الحنفية[٤]، وابن القاسم من المالكية[٥]، وهو قول عند الشافعية[٦].

القول الثالث: وفيه تفصيل:

أ ـ لا يجوز القضاء للغائب إلا تبعاً، وذلك عند الحنابلة[٧]، والشافعية في أحد

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٠١. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧. معين الحكام للطرابلسي: ٦٠.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٥٠. منح الجليل للشيخ عليش: ٨/ ٣٨١.

وابن القاسم: (١٣٢ ـ ١٩١هـ)، هو عبد الرحمن بن القاسم العُتَقي، أبو عبدالله، ولد بمصر سنة ١٣٢هـ، فقيه مالكي، صحب الإمام مالك عشرين سنة، وكان أعلم الناس بمالك، قال عنه الإمام مالك: مثله كمثل جراب مملوء مسكاً، وروى ابن القاسم عن مالك مسائل المدونة، توفي بمصر سنة ١٩١هـ، ودفن خارج باب القرافة. الديباج المذهب لابن فرحون: ١/ ٤٦٥. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٩/ ١٢٠. شجرة النور الزكية لابن مخلوف: ٥٨.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ٧٠. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٥. حاشية الشرواني: ١٠/ ١٧٠. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣٢٩.

(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٠١.

(٥) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٤ ـ ١٧٥. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٥.

(٦) فتاوى السبكي: ٢/ ٤٩٤ ـ ٤٩٥. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٣٤٤.

(٧) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٣٤٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٤٣٢.

الوجوه عندهم[١]، والزيدية[٢].

ومثال ذلك: أن يدعي الحاضر أن والده مات عنه، وعن أخ له غائب، وللأب عند فلان مال، سواء أكان ديناً أم عيناً، ويُثبت ذلك بالإقرار أو البينة أنه للميت، فيأخذ المدعي نصيبه، ويأخذ القاضي نصيب الأخ الغائب ويحفظه له حتى يحضر؛ لأن حقه ثبت، وذلك يوجب تسليم نصيبه[٣].

ومثاله أيضاً: الحكم بالحجر لأحد الغرماء على مفلس، يكون حكماً بالحجر للآخرين وإن كانوا غائبين، فالقضية هنا واحدة، إلا أنها تتضمن حكماً للحاضر وللغائب تبعاً[٤].

ب ـ يمكن للأب والابن أن يخاصم كل منهما عن الآخر في مختلف أمواله ودون توكيل منه، وهذا قول بعض المالكية، وذكروا أن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولا يجوز ذلك لغير الأب والابن من القرابة وغيرهم[٥].

---

(١) ينظر: الوسيط للغزالي: ٧/ ٤١٤. ينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٣٥٠. وقول الشافعية هذا ناجم عما اشترطوه في الدعوى، فقد نصوا على أن من ادعى حقاً لغيره دونما وكالة أو ولاية، فإن دعواه لا تسمع إذا كان هذا الحق المدعى للغير غير منتقل إليه، بخلاف ما إذا كان منتقلاً منه إليه، أو كان عيناً لمدينه الغائب تعلق بها، فإن الدعوى تسمع في هذه الحالة، وهذا يفيد جواز القضاء للغائب تبعاً. ينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٣٥١. حاشية الجمل: ٥/ ٤٠٩.

(٢) البحر الزخار للمرتضى: ٥/ ٩٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٣٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٦/ ٤٨٦.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٩.

ج ـ يجوز لغير القريب أياً كان المخاصمة عن الغائب من غير توكيل في الأشياء التي تفوت وتغيب وتتحول، كالثوب والدابة وغير ذلك، ولا يمكّن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن، وهذا قول آخر عند المالكية[١].

د ـ يمكن لغير الغائب إقامة البينة ويمنع من الخصومة، وهو قول للمالكية أيضاً[٢].

وللمالكية تفصيلات أخرى بالنظر إلى الشيء المدعى به، وهي:

١ ـ إذا كان الشيء المدعى به للغائب داخلاً في ضمان المدعي ومطالباً به، فله المخاصمة في هذه الدعوى، وله إثبات ملك الغائب وتسلمه.

ومثال ذلك: الغاصب إذا غصب آخر منه الشيء المغصوب، فللغاصب الأول المخاصمة في إثبات حق الغائب صاحب المتاع، وله تسلمه؛ لأن المغصوب يدخل في ضمانه[٣].

٢ ـ إذا كان الشيء المدعى به للغائب لا يدخل في ضمان المدعي فله حالتان:

الأولى: أن يهدف من قام بالادعاء للغائب استيفاء شيء له في ذمة مالكه الغائب من ذلك المدعى به.

الثانية: أن لا يهدف من ادعائه استيفاء شيء.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٩.

(٣) منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٨١. وقد بين الزرقاني أن موضع الخلاف عند المالكية في مسألة الادعاء عن الغائب، إنما هو فيمن أراد الادعاء عن الغائب فيما لا حق للمدعي فيه، ولا ضمان عليه فيه، أما ماله فيه حق، كزوجة الغائب وأقاربه الذين تلزمه نفقتهم، فيحق لهؤلاء الادعاء عن الغائب اتفاقاً. ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٣/ ١٥٦.

فإن أراد الاستيفاء منه جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضاً، وأما إن لم يقصد ذلك فلا يمكن من الدعوى.

ومثال الأول: زوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله وديونه وودائعه لتباع لهم، ويستوفوا حقوقهم من ثمنها(١).

ومثال الثاني: المودَع والوكيل على شيء مخصوص ونحو ذلك، فإذا سرقت الوديعة مثلاً، فليس للمودَع مخاصمة السارق إلا بتوكيل، وليس للوكيل في شيء معين أن يخاصم عن وكيله الغائب إذا لم يكن وكيلاً في الخصومة؛ لأن الوكيل ليس له أن يتعدى حدود الوكالة(٢).

الأدلــة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز القضاء للغائب مطلقاً بما يأتي:

١ ـ إن القضاء شرع لحسم المنازعات وقطع الخصومات، والخصومة هنا غير متصورة؛ لغياب المدعي صاحب الحق، وهذا أحد الأدلة عندهم في منع القضاء على الغائب(٣).

---

(١) منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٨٣.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٧ ـ ١٤٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩١. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣٠٨. بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ٢٤. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٤٥.

٢ ـ إن القضاء وسيلة للوصول إلى الحق، وحق الإنسان لا يستوفى إلا بطلبه، وغياب المدعى له يجعل طلب الحق متعذراً عليه، مما يمنع القضاء للغائب[١].

٣ ـ إن الاحتياط يقتضي عدم الحكم للغائب؛ لاحتمال أن يكون المدعى له قد تصرف بالمدعى به ببيع أو هبة أو إبراء، أو غير ذلك من التصرفات.

٤ ـ لا يصح الحكم للغائب لعدم تقديمه ادعاءً باستحقاق المحكوم به، ومن شروط الدعوى والحكم أن يكون بناءً على ادعاء[٢].

أدلة القول الثاني:

تدور أدلة القائلين بجواز القضاء للغائب مطلقاً حول المصلحة[٣]، ذلك أن القضاء للغائب فيه حفظ حقوق الغائب من الضياع، أو الفساد، أو الفوات.

أدلة القول الثالث:

لم يذكر أصحاب هذا القول أدلة مستقلة لتفصيلاتهم التي أوردوها، إلا أن المصلحة أيضاً يمكن أن تعد دليلاً لهم، فقولهم بجواز القضاء للغائب في بعض الحالات إنما كان اعتماداً منهم على ما يحققه من مصلحة حسم المنازعات والخصومات.

ومصلحة الحكم للحاضر حين تكون القضية مشتركة بينه وبين غائب هي التي دعت الشافعية والحنابلة للقول بجواز القضاء له تبعاً، فالقضاء للغائب عندهم ممتنع؛ لعدم سماع الدعوى منه، أو من وكيله؛ ولامتناع سماع البينة

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٢.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٠١. فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١٠.

له[1]، فالحكم الذي يصدر في قضية مشتركة بين غائب وحاضر إنما هو حكم للحاضر الذي أثبت حقه المشترك مع الغائب ببينة عادلة، وقد استوفى الحكم الشرائط المطلوبة من الدعوى ومن إثبات الحق، فاستدعى ذلك القضاء بالشيء المدعى، وتسليم الحاضر نصيبه، أما نصيب الغائب فيبقى بيد أمين يحفظه للغائب.

ويمكن أن يستدل للمالكية الذين قالوا بجواز مخاصمة الأب عن الابن، أو الابن عن الأب، بوفور شفقة الأب على ابنه، وبحديث رسول الله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**[2]، مما يشعر بأن الأب أضحى أحد الخصوم الحقيقيين في الدعوى.

أما الابن، فيمكن أن يستدل له بالرابطة الوثيقة التي تربطه بأبيه، وقد يشهد لذلك واجب الإحسان للوالدين، والبر والطاعة لهما، ومن البر بهما المحافظة على أموالهما من الضياع والفساد، وذلك بحفظها والمخاصمة فيها، وهذا يدخل في المصلحة أيضاً.

ومع أن الأصل أنه لا ينوب أحد عن أحد إلا باستخلافه إياه، إلا أن المالكية استثنوا من ذلك قيام الأب عن ابنه، والابن عن أبيه من غير أن يستخلف أحدهما الآخر؛ وذلك للخصوصية التي اقتضتها نسبة الأبوة من البنوة، ونسبة

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٥٣٠.

(٢) أخرجه الترمذي في السنن، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده، حديث: ١٣٥٨، وقال: «هذا حديث حسن صحيح». وابن ماجة في السنن، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث: ٢٢٩٠. وأحمد في المسند، حديث: ٢٥٣٣٥.

البنوة من الأبوة، فلذلك يعد كل منهما بمنزلة الوكيل عن الآخر، وإن لم يكن ثمة توكيل صريح منه[1].

أما قولهم بتمكين أي شخص كان بالمخاصمة عن الغائب في الأشياء التي تغيب وتتحول، فيمكن أن يستدل له بأن هذا القول فيه حفظ للحقوق من الضياع، ورعايةٌ لمصالح الغائبين، خاصة وأن عدم المحافظة على هذه الأشياء، والقول بعدم المخاصمة فيها، قد يؤدي إلى ضياع الحق؛ لسرعة ذهاب هذه الأشياء أو تحولها.

الرأي المختار:

نظراً لأن النزاع بين الخصوم في هذه المسألة غير ظاهر؛ لعدم قيام الدعوى أساساً بسبب غياب المحكوم له، وحرصاً على الحقوق من الضياع في الوقت ذاته، فإن الباحث يميل إلى اختيار القول بعدم القضاء للغائب، والاكتفاء بسماع الدعوى له فقط، وسماع القاضي للحجة وإثبات ذلك؛ لئلا تضيع البينة بسبب من الأسباب.

وهذا القول يحقق مصلحة الغائب، ويحفظ له الحجة التي يمكن أن تضيع إن أجلت الدعوى لحين عودته، ويحقق الاحتياط، وينفي احتمال التصرف بالشيء المدعى.

وعدم الحكم للغائب لا يعني ذهاب حقه وضياع ماله؛ لأنه يستطيع المطالبة به حال عودته، وبإمكانه استرداده إن بقيت عينه، أو أن يطلب التعويض إن تعذر ذلك.

---

(١) شرح ميارة للفاسي: ١/ ١٣٩.

أما القضايا المشتركة بين حاضر وغائب، فإن المصلحة تقضي بإصدار الحكم في هذه القضايا للحاضر، وللغائب تبعاً؛ لحسم النزاع القائم فعلاً بطلب من المدعي الحاضر.

القضاء للغائب في القانون:

لم يتعرض القانون للحديث عن القضاء للغائب صراحة، غير أن ذلك يستفاد من خلال بحثه لحق الادعاء نظراً لكون المدعي غير حاضر، إذ يشترط لصدور حكم في أي قضية أن تكون هناك جهة مدعية، وأخرى مدعى عليها، فإذا كانت الجهة المدعية غائبة، وليس ثمة وكيل يقوم بالادعاء عنها، فهل يملك غيرهما حق الادعاء عن الغائب؟

سآتي على بيان ذلك ـ بعون الله تعالى ـ في قانون أصول المحاكمات المدنية والجزائية فيما يأتي:

أ ـ في أصول المحاكمات المدنية:

نصت المادة /١١/ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون[1].

فيشترط القانون لصحة الدعوى أن تكون هناك مصلحة مباشرة للمدعي في أي دعوى يتقدم بها، وليس للشخص الذي لا علاقة له بالخلاف القائم التصدي لإقامة الدعوى[2].

(١) قانون أصول المحاكمات المدنية: ١٨. وينظر: تقنين أصول المحاكمات السوري: ١/ ١١٣. القواعد العلمية لأصول المحاكمات للعطري: ٦٨.

(٢) الوجيز في أصول المحاكمات للمحاسني: ٢١٥ ـ ٢١٧.

ويجب أن يكون المدعي ذا صفة في النزاع، كأن يكون صاحب الحق ذاته، أو وكيله، أو وليه، أو وصيه إذا كان قاصراً، أو القيم المنصوب عليه من قبل القاضي إذا كان غائباً، إلا أن القانون استثنى من ذلك ما أباحته المادة /٢٣٦/ من القانون المدني التي قضت بسماع الدعوى من دائني صاحب الحق أيضاً[١]؛ لأن لهم مصلحة في ذلك، وإن لم تكن مباشرة، إلا أن ذلك أبيح لهم؛ لتفادي كل ضرر قد يقع له بسبب إهمال المدين، أو غيابه وعدم مطالبته بحقه، فيستعمل الدائن باسم مدينه جميع حقوق المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة[٢].

وهذا ما لم يكن المدعي قد تقدم بادعائه قبل غيابه، فإن ادعى ثم تخلف عن حضور جلسة المحاكمة، ودون أن يرسل معذرة قانونية قبل موعد الجلسة، كان المدعى عليه بالخيار، إن شاء طلب شطب الدعوى، أو طلب الحكم في موضوعها، فإن اختار طلب الحكم وجب تأجيل الدعوى إلى موعد ثان، مع إخطار المدعي بأن الحكم الذي سيصدر بالدعوى يعد وجاهياً، سواء أحضر أم لم يحضر[٣].

وخلاصة القول: إن القضاء للغائب في القانون لا يتم إلا إذا تقدم المدعي بادعائه قبل غيابه، ولم يطلب المدعى عليه شطب الدعوى، أو تقدم بالدعوى نيابة عنه شخص آخر له مصلحة قائمة يقرها القانون، كالدائنين، أو تقدم بالادعاء من كان ذا صفة في النزاع، كالقيم الذي نصبه القاضي.

---

(١) وينظر أيضاً المواد: /٢٣٧ ـ ٢٣٨/ من القانون المدني السوري ترتيب وليد عدي: ٤٤ ـ ٤٥.

(٢) الوجيز في أصول المحاكمات للمحاسني: ٢١٥ ـ ٢١٧.

(٣) المرجع السابق: ٢٦١.

ب ـ في قانون أصول المحاكمات الجزائية:

ينظر القانون الجزائي في نوعين من الدعاوى: الأولى: دعوى الحق العام، والثانية: دعوى الحق الشخصي، وتختلف جهة الادعاء بحسب نوع الدعوى.

أما دعاوى الحق العام ـ وذلك كالجرائم التي تشكل اعتداءً على المجتمع والدولة، وينجم عنها ضرر عام مباشر أو غير مباشر، كالجرائم الواقعة على أمن الدولة، والجرائم الواقعة على الأفراد، كالسرقة والقتل[١] ـ فإن النيابة العامة هي السلطة المختصة بإقامة دعوى الحق العام، وهذا يفيد أن غياب المدعي لا يؤثر على قيام الدعوى وإجراءاتها، فيقضى له وإن كان غائباً.

غير أن القانون لم يقصر حق إقامة دعوى الحق العام على النيابة وحسب، بل أعطى على سبيل الاستثناء حق الادعاء في مثل هذه الدعاوى للمتضرر من جراء الجريمة إذا لم تبادر النيابة العامة إلى ذلك[٢].

وبناءً على ذلك فإن الدعوى العامة لا تتحرك إلا عن طريق النيابة، غير أن النيابة العامة تجبر على إقامتها إذا كان المدعي هو المجني عليه ذاته الذي وقعت عليه الجريمة، كالمالك في جريمة السرقة، أو كان متضرراً من وقوع الجريمة، وإن لم يقع الاعتداء عليه مباشرة، كحق الزوجة والأولاد في تحريك الادعاء في جريمة قتل الزوج، والضابط هنا في كل الأحوال: أن يكون ضرر الجريمة مباشراً، أما إن كان غير مباشر فلا يُقبل الادعاء منه[٣].

---

(١) أصول المحاكمات الجزائية لجوخدار: ١/ ٣٩.

(٢) ينظر: المادة /١/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(٣) أصول المحاكمات الجزائية لجوخدار: ١/ ٦٥ ـ ٦٦.

وأما دعاوى الحق الشخصي، أو الدعاوى المدنية ـ وذلك كدعاوى جرائم الاعتداء على الأفراد ـ فقد أعطى القانون الحق لكل متضرر في إقامة دعوى الحق الشخصي بالتعويض عن الضرر الناتج عن الجرائم(١)، فحق الادعاء بالتعويض مقصور على المتضرر من جراء الجريمة ضرراً مباشراً أو شخصياً، وإن لم يكن هو المجني عليه، فليس لغير المتضرر أن يطالب بالتعويض عن ضرر لحق غيره، مهما كانت صلته بهذا الغير، طالما أنه لم يتضرر.

والنتيجة: إن الادعاء في دعاوى الحق العام لا يقبل نيابة عن الغائب من أحد سوى النيابة العامة، ويستثنى من ذلك حالة كون المدعي متضرراً، فيقبل الادعاء منه نيابة عن الغائب المعتدى عليه.

أما في دعاوى الحق الشخصي، فإن الادعاء لا يقبل نيابة عن الغائب من أحد، إلا إذا كان المدعي متضرراً بشكل مباشر أو شخصي نتيجة الاعتداء على الغائب.

* * *

*** المطلب الثاني ـ التحقيق في مذهب الحنفية في القضاء للغائب وعليه وما ينبغي أن يصار إليه في هذا المذهب:**

الاتجاه السائد والرئيس في الفقه الحنفي في حالات القضاء للغائب وعليه هو عدم الجواز، إلا أن يكون عنه خصم حاضر يتولى أموره أمام مجلس القضاء.

ومع أن ابن عابدين ـ رحمه الله ـ خلص إلى القول بأنه لا خلاف عند الحنفية في عدم جواز القضاء على الغائب(٢)، إلا أن الفروع الفقهية عند الحنفية

---

(١) ينظر: المادة /٤/ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٥.

تدل على الاضطراب الكبير في آراء الحنفية في مسائل القضاء للغائب وعليه، ومن خلال استعراض معظم تلك الفروع لم أستطع الوصول إلى أصل ظاهر عندهم تنطبق عليه جميع الفروع الفقهية دونما اضطراب، وهذا ما أقر به بعض علمائهم.

ولبيان ذاك الاضطراب، وللوصول إلى معلم واضح في هذا المذهب، ارتأيت أن أعرض لبعض تلك الصور التي يجيز فيها الحنفية القضاء على الغائب، وسأتبعها بما يلاحظ على هذا المذهب، وما ينبغي أن يصار إليه فيه للخروج من هذا الاضطراب، فأسأل الله التوفيق والسداد.

أولاً ـ الصور التي يجوز فيها القضاء على الغائب عند الحنفية:

لا يجوز عند الحنفية القضاء على الغائب إلا في بعض الحالات، وهي:

١ ـ أن يحضر نائب يقوم مقام الغائب، كالوكيل أو الوصي؛ لأن حضرة النائب كحضرة المنوب عنه، وهنا لا يعد الحكم قضاء على الغائب حقيقة ومعنى؛ لحضور النائب عنه[1].

٢ ـ في حال حضور نائب حكمي عن الغائب وذلك في الصورتين الآتيتين:

الصورة الأولى ـ أن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لازماً لما يدعى على الحاضر:

وهنا يعد الحاضر نائباً حكماً عن الغائب يقوم مقامه، والحكم الصادر بحقه يعد حكماً على الغائب[2].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦، ٦/ ٢٢٣. الفتاوى الهندية: ٣/ ٤٣٣. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤٠٩.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٠. الفتاوى الهندية: ٣/ ٤٣٣.

وللسبب اللازم حالتان:

ـ **الحالة الأولى**: أن يكون ما يدعيه شيئاً واحداً على الحاضر والغائب.

ـ **الحالة الثانية**: أن يكون ما يدعيه على الغائب والحاضر شيئان.

ومثال الأولى: أن يدعي داراً في يد رجل أنها ملكه، اشتراها من فلان الغائب، وأنكر من بيده الدار، فأثبت المدعي صحة شرائه الدار من الغائب، وأثبت استمرار ملكيته لها، فيقضى له بالدار[١]، وهذا قضاء في حق الحاضر والغائب بآن واحد؛ فالحكم بإثبات ملكية الدار هو حكم على الخصم الحاضر صاحب اليد الحالية على الدار، وحكم على الغائب في الوقت ذاته، حيث قضي على الغائب ببيعه للدار.

ويعد الحكم على الحاضر حكماً على الغائب في هذه الحالة؛ لأن المدعي لا يتوصل إلى إثبات حقه على الحاضر إلا بإثباته على الغائب، وكل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به[٢].

وهناك مسائل أخرى كثيرة يعد القضاء على الحاضر فيها قضاء على الغائب، وقد عد منها ابن عابدين ـ رحمه الله ـ تسعاً وعشرين مسألة[٣].

أما مثال الثانية: فمنه أن يُقتل رجل عمداً، وللمقتول وليان، غاب أحدهما، فادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه، وانقلب حقه

---

(١) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٠. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣١٠. الفتاوى الهندية: ٣/ ٤٣٣.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٦٢. تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٢١٦. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٢٧.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٠.

مالاً، وأنكر القاتل، فإذا برهن المدعي على عفو الولي الغائب قُبِل منه، وحكم على الغائب والحاضر بآن واحد.

فالمدعى به شيئان:

الأول: عفو الغائب، **والثاني:** أن حق الحاضر قد انقلب إلى مال، وحق الحاضر في أخذ المال لا يتم إلا إذا ثبت عفو الغائب، فهو سبب لازم لوصول الحاضر إلى حقه(١).

فالقضاء في المثالين السابقين فيه قضاء على الغائب، والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب؛ لأن المدعى شيء واحد في الأول، أو كشيء واحد في الثاني؛ لعدم الانفكاك، فإذا حضر الغائب وأنكر لم يلتفت إلى إنكاره، ولاحاجة إلى إعادة البينة(٢).

أما إذا كان السبب غير لازم، أي إذا كان سبباً في وقت دون آخر، كأن يَثْبُت المدَّعى على الحاضر من وجه دون وجه، أو أن يكون إثباته أمراً محتملاً، فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

ومن أمثلة ذلك: أن يقول رجل لامرأة رجل غائب: إن زوجك الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت: إن زوجها كان طلقها ثلاثاً، وأقامت البينة على ذلك، قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عن نقلها، ولم تقبل في إثبات وقوع الطلاق من زوجها الغائب(٣)، حتى إذا عاد وأنكر الطلاق لزمها إعادة البينة؛ لأن ادعاءها الطلاق على الغائب ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر من

---

(١) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١٤. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١.

(٢) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣١٠ ـ ٣١١.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١.

منعه عن حملها وذلك بعزله من الوكالة، فإن إثبات وقوع الطلاق قد يوجب قصر يد الوكيل ومنعه من حملها حال كونه وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، وقد لا يؤدي إلى ذلك إن لم يكن وكيلاً بالحمل أصلاً(١).

لذلك يقضى في الحالة التي يعد فيها سبباً من جهة إثبات حق الحاضر، وذلك في قصر اليد، ولا يقضى عليه من حيث إنه ليس سبباً لازماً لحق الحاضر، أي لا يحكم بالطلاق؛ لأنه لا يلزم من ضرورة تحقق الطلاق انعزال الوكيل(٢).

الصورة الثانية ـ إذا كان ما يدعيه على الغائب شرطاً لما يدعيه على الحاضر على أن لا يكون فيه إبطال حق الغائب:

لا يجوز القضاء على الغائب إذا كان ما يدعيه على الغائب شرطاً لما يدعيه على الحاضر إن أدى ذلك إلى إبطال حق الغائب.

مثال ذلك: أن يعلق طلاق امرأته على طلاق رجل غائب لامرأته، فتثبت المرأة بالبينة طلاق الغائب لزوجته ثلاثاً؛ لتصل إلى وقوع الطلاق عليها، فلا تقبل بينة الزوجة؛ لأن فيه ضرراً على الغائب، وهو إبطال نكاحه، وهنا لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب(٣).

أما إذا لم يتضرر الغائب بهذا الشرط، فيجوز القضاء على الغائب، كأن يعلق طلاقها على دخول فلان الدار، فإن أثبتت الزوجة دخوله الدار قبلت البينة، ويكون الحكم على الحاضر حكماً على الغائب، إذ لا يلحقه ضرر بهذا

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٧٨. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣١١.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٣١٢.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٢. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣١١.

الحكم[1]، وقد رأى بعض الحنفية أن هذا الحكم ليس فيه أي قضاء على الغائب؛ إذ ليس فيه إبطال حق له[2]، فدخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم[3].

فالمناط في جواز الحكم في هذه الصورة هو عدم إبطال حق الغائب، فإن تضمن الحكم إضراراً بحقه أو إبطالاً لم يحكم، وإلا حكم.

يقول ابن الهمام في معرض تحديده للأصل في هذه الصورة: «إن ما كان شرطاً لثبوت الحق على الحاضر من غير إبطال لحق الغائب قبلت البينة فيه، وليس فيه قضاء على الغائب، وما تضمن إبطالاً عليه لا يقبل»[4].

وهذا القول هو الأصح عند الحنفية[5]، إلا أن المتأخرين من الحنفية ذهبوا إلى القول بقبول البينة وانتصاب الحاضر خصماً عن الغائب، كما في السبب تماماً، ونفوا وجود فرق بين الشرط والسبب، وهذا القول هو مقابل الأصح عند الحنفية[6].

ونقل ابن نجيم ـ رحمه الله ـ أن بشر المريسي أنكر القضاء على الغائب في المسائل السابقة، وهو القياس الظاهر على مذهب الحنفية في منعهم القضاء على الغائب إلا أن ينوب عنه خصم حاضر، والمسائل السابقة ليس فيها خصم حاضر؛ لذلك لا يقضى عليه فيها.

(1) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٢. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤١٠.
(2) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١٣.
(3) بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ٤١٣.
(4) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١٣.
(5) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٥.
(6) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٧/ ٣١١.

وقد رد ابن نجيم هذا الكلام بأن عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب، فلو لم يجعل الحاضر خصماً؛ لأدى ذلك إلى إبطال الحقوق[1].

ثانياً ـ ما يلاحظ على مذهب الحنفية وما ينبغي أن يصار إليه في هذا المذهب:

بعد عرض الحالات التي أجاز الحنفية فيها القضاء على الغائب يمكن القول: إن إجازة الحنفية الحكم على الغائب إذا كان مرتبطاً بحق للحاضر يعد قضاءً على الغائب في نتيجته مهما كان السبب الدافع لهذا القضاء.

وقد أورد ابن نجيم اعتراض الحنابلة على مسلك الحنفية هذا حيث قالوا: «إن الحنفية منعوا القضاء على الغائب وتحيلوا له بما إذا كان سبباً، وهو عين القضاء على الغائب»[2]، ودفع هذا الاعتراض بأن جَعْلَ الحاضر خصماً الهدفُ منه المحافظة على حقوق الناس وعدم إبطالها.

والمتتبع لفروع فقه الحنفية في هذه المسألة يجد فيه، حالات أخرى أجاز الحنفية فيها القضاء على الغائب إضافة إلى الحالات السابقة، من ذلك حالة القضاء على الغائب في نفقة زوجته وأولاده ووالديه[3]، وذكروا أن سبب الجواز في القضاء بنفقة زوجته عليه ما يحققه من حفظ النكاح، وهو حقه من زوجته، وهذا يتطلب النفقة، وفي القضاء بالنفقة لأولاده حفظ لنسله، أما القضاء بنفقة

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١.

(٣) اعترض ابن حزم على تفريق الحنفية وقال: لا فرق بين الحكم على الغائب بنفقة الزوجة والأولاد والأبوين وبين الحكم على الغائب في سائر الديون، فكلا الصورتين حكم على الغائب، والقول بالفرق تحكم بالباطل. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٥٣. بتصرف يسير.

الوالدين فسببه أن مال الولد في حكم مالهما، فكان الحكم بالنفقة لهما إعانة لهما في الوصول إلى حقوقهم(١).

وتعليل الحنفية السابق في إجازتهم القضاء على الغائب فيه دلالة واضحة على أن عدم القضاء على الغائب يترتب عليه عدم مراعاة الحقوق وضياعها، فإذا لوحظ هذا مع الحالات الأخرى التي رأى الحنفية فيها جواز القضاء على الغائب، تبين بوضوح مدى الاضطراب الذي وقع الحنفية فيه في بيانهم لمسائل الحكم للغائب وعليه، واختلاف أقوالهم أيضاً في المفتى به في نفاذ القضاء على الغائب، وقد أقر بذلك بعض فقهائهم، من ذلك ما نقله ابن نجيم من كلام أعجبه للعلامة محمود(٢)، في جامع الفصولين حيث قال: «وقد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يصف ولم ينقل عنهم أصلٌ قوي ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط، ويلاحظ الحرج والضرورات، فيفتى بحسبها جوازاً أو فساداً، مثلاً: . . . المديون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب، بحيث اطمأن القاضي، وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

(٢) **العلامة محمود**: هو الشيخ بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز، الشهير بابن قاضي سماونة، ولد في قلعة سماونة، حين كان أبوه قاضياً بها زمن السلطان غازي خداوندكار من سلاطين آل عثمان، وأخذ العلم في صباه عن والده، وحفظ القرآن العظيم، وتعلم الصرف، ثم وشى به بعض المفسدين إلى السلطان أنه يريد السلطنة، فأخذ وقتل، له تصانيف كثيرة منها: لطائف الإشارات في الفقه، وشرحه التسهيل، صنفهما وهو محبوس في أزنيق، ومنها جامع الفصولين، كانت وفاته في سنة ٨١٨هـ. الشقائق النعمانية لطاشكبري زادة: ٣٤.

للمفتي أن يفتي بجوازه، دفعاً للحرج والضرورة، وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه، ذهب إلى ذلك الأئمة الثلاثة. . .، وفي ذلك روايتان عن أصحابنا»(١).

وساق ابن عابدين ما يؤيد ذلك، فقال: «وأقره في نور العين»(٢)، وأيد ذلك أيضاً بما جاء عن ابن الهمام في باب المفقود حيث قال: «لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم، فإنه ينفذ؛ لأنه مجتهد فيه»(٣).

وهذا القول الذي أورده ابن نجيم من كلام العلامة محمود والذي عرضه ابن عابدين أيضاً واستدل له بما جاء من كلام ابن الهمام، هو ما ينبغي أن يصار إليه في تفسير مذهب الحنفية؛ خروجاً من هذا الاضطراب الذي وقعوا فيه، فينبغي إذاً أن يقضى على الغائب إذا كانت البينة المعتمدة في الحكم عادلة صحيحة، لا تحايل فيها ولا تزوير؛ دفعاً للحرج ورفعاً للضرر، وتحقيقاً للمصلحة، سواء أكان القاضي حنفياً أم شافعياً.

❒ ❒ ❒

---

(١) جامع الفصولين لابن قاضي سماوة: ١/ ٥٩ ـ ٦٠. وينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧. وينظر حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٦.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٦. وكتاب نور العين في إصلاح جامع الفصولين لـ محمد ابن أحمد، المعروف بنشانجي زادة، المتوفى سنة ١٠٣١هـ، رتب فيه مؤلفه كتاب جامع الفصولين في الفروع، ولم يقتصر فيه على الترتيب إنما تصرف فيه بزيادة ونقص وإبرام ونقض. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة: ١/ ٥٦٦.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢.

الفصل الثاني

أحكام الغائب المتعلقة بالأحوال الشخصية

المبحث الأول

أحكام الغائب المتعلقة بالنكاح

* تمهيد:

النكاح بمعنى الزواج، وهو في اللغة: الضم والجمع، ومعنى النكاح: الوطء[١].

وهو في الاصطلاح: عقدٌ يرد على تمليك منفعة البُضْع قصداً[٢]. وعرفه الحنفية بأنه: «عقد يفيد ملك المتعة قصداً»[٣]، أما عند الشافعية فهو: «عقد يتضمن إباحة وطءٍ بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته»[٤].

وهو مشروع بالقرآن الكريم والسنة والإجماع[٥].

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[النساء: ٣]، ومن السنة قول رسول الله ﷺ: **«يا معشر الشباب من استطاع**

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة: نكح. أنيس الفقهاء للقونوني: ١٤٦.

(٢) التعريفات للجرجاني: ٣١٥. والبُضْع: بمعنى الجماع، ويطلق على الفرج والتزويج.

(٣) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٤٠. طلبة الطلبة للنسفي: ٣٨.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٠٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٧٧.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٠٠.

منكم الباءة[1] فليتزوج»[2].

وقد أولى الفقهاء عقد النكاح عنايةً خاصة ميزته عن سائر العقود لعظم خطر أمر النكاح، فبحثوا فيه أدق التفاصيل، وكان مما تناولوه بالبحث الأمورَ المتعلقة بالعاقِدَين ومسائل الولاية فيه، والصيغة التي ينعقد بها وألفاظه وانعقاده بالكتابة وغير ذلك.

وما يعنينا من ذلك في هذه الرسالة هو الحديث عن نكاح الغائب وبيان كيفيته، إضافة إلى البحث في أثر الغياب على حقه في ولاية النكاح وذلك في المطلبين الآتيين:

* * *

*** المطلب الأول ـ نكاح الغائب:**

إذا غاب أحد العاقدين في عقد النكاح عن مجلس العقد، فكيف السبيل إلى إجراء هذا العقد؟ هل تنوب الكتابة عن حضور أي من العاقدين حال غيابه؟ وهل يصح التوكيل من الغائب في عقد الزواج؟ هذا ما سأتناوله ـ بعونه تعالى ـ في المسألتين الآتيتين:

١ ـ عقد النكاح بكتابة الغائب:

اختلف الفقهاء في صحة عقد الزواج بالكتابة من الغائب على قولين:

---

(١) الباءة: الجماع، والمعنى: من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنه فليتزوج. ينظر: فتح الباري لابن حجر: ٩/ ١٣٤.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: من استطاع الباءة فليتزوج، حديث: ٥٠٦٥. ومسلم، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، حديث: ١٤٠٠.

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، والشافعية في وجه[٢]، والحنابلة في قول[٣]، إلى جواز عقد النكاح بالكتابة من الغائب.

وقد بين الحنفية أن المراد بالغائب هنا من كان غائباً عن المجلس، وإن كان حاضراً في البلد[٤].

واستدلوا لذلك بأن النبي ﷺ كتب إلى النجاشي[٥] يخطب أم حبيبة[٦] فزوجها إياه[٧]، ثم إن الكتاب من الغائب هو بمنزلة الخطاب من الحاضر[٨]،

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٣١. حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٢. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ١٩٧.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٩٠.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٥٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٢.

(٥) **النجاشي**: اسمه أصحمة، أي: عطية، ملك الحبشة، معدود في الصحابة رضي الله عنهم، وكان ممن حسن إسلامه ولم يهاجر ولا له رؤية، فهو تابعي من وجه، صاحب من وجه، وقد توفي في حياة النبي ﷺ، فصلى عليه بالناس صلاة الغائب، ولم يثبت أنه صلى ﷺ على غائب سواه، ونقل بعض العلماء أن ذلك كان في شهر رجب سنة تسع من الهجرة. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١/ ٤٢٨.

(٦) **أم حبيبة**: هي رملة بنت أبي سفيان زوج النبي ﷺ، وقيل: اسمها هند، والمشهور رملة، وهي من بنات عم الرسول، ليس في أزواجه من هي أقرب نسبا إليه منها، ولا في نسائه من هي أكثر صداقاً منها، ولا من تزوج بها وهي غائبه عن الدار أبعد منها، روت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة، حدث عنها أخوها الخليفة معاوية، ماتت سنة أربع وأربعين. الاستيعاب لابن عبد البر: ٤/ ١٨٤٣. الجرح والتعديل للرازي: ٩/ ٤٦٠. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٢١٩. مولد العلماء ووفياتهم للربعي: ١/ ١٤٢.

(٧) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٦. وهذا الأثر ذكره الحاكم في مستدركه، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر أم حبيبة: ٤/ ٢٠، وقد نقله الزهري بصيغة التمريض فقال: «وقد زعموا أن النبي ﷺ كتب..».

(٨) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٥.

إضافة إلى أن الحاجة تدعو إلى ذلك، يقول الإمام النووي ـ رحمه الله ـ: «من جوز عقد النكاح بالكتابة اعتمد الحاجة»[١].

ولكتابة الغائب صور عديدة أذكر منها:

أن يكتب الغائب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه؛ أو تقول: إن فلاناً قد كتب: زوجيني نفسك، فاشهدوا أني زوجت نفسي منه؛ أما إذا لم تقل في حضرتهم سوى: زوجت نفسي، فلا ينعقد؛ لأن سماع الشهود كلام العاقدين شرط لصحة النكاح، فلا بد لذلك من إسماعهم كتاب الغائب وقبول الحاضر[٢].

واشترط الشافعية في هذا القول: أن يسمع القبول شاهدا الإيجاب، فإن شهده آخران فثمة وجهان عندهم، الأول: عدم صحة ذلك؛ لعدم وجود شاهد على صحة الكتاب، والثاني: يصح؛ لأن هذين الشاهدين حضرا الإيجاب عند قراءة الكتاب وسمعا القبول، والأول هو الأصح[٣].

ومن صور ذلك أيضاً: أن يكتب الولي للغائب: زوجتك ابنتي؛ ويشهد على ذلك عدلان، فإذا بلغ الكتاب الزوج، فليقبل لفظاً، ويكتب القبول، ويشهد على ذلك[٤].

ولا بد من الإشارة إلى أن الحنفية نصوا على أن الأظهر أنه لابد للطرفين

---

(١) المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٩٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٢ ـ ١٣. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ١٩٧. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٦.

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٩٠.

(٤) المرجع السابق.

من القول مع الكتابة، إذ الكتابة لا تكفي دون قول ولو في الغيبة[١].

القول الثاني: ذهب جمهور المالكية[٢]، والشافعية في المذهب[٣]، والحنابلة على الصحيح في المذهب[٤]، إلى عدم صحة عقد الزواج بالكتابة في غيبة أو حضور.

وعلل الشافعية عدم جواز عقد النكاح بالكتابة؛ بأنه كناية[٥]، وهم يشترطون في النكاح أن يكون بألفاظ صريحة.

ولأن الشهادة شرط في عقد النكاح، ولا اطلاع للشهود على نية الكاتب، وإن قال بعد الكتابة: نويت، كان ذلك شهادة على إقراره، لا على نفس العقد[٦].

المناقشة والقول المختار:

اعتراض الشافعية على صحة النكاح بالكتابة بأنه كناية، ويشترط لصحة النكاح ـ عند الشافعية ـ أن يكون بألفاظ صريحة، يجاب عنه بأنهم يقولون بعدم صحة نكاح الغائب وإن كان بألفاظ صريحة، يقول الإمام النووي ـ رحمه الله ـ: «فلو خاطب غائباً بلسانه فقال: زوجتك ابنتي؛ ثم كتب، فبلغه الكتاب، أولم يبلغه، وبلغه الخبر فقال: قبلت نكاحها، لم يصح على الصحيح»[٧].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٢.

(٢) حاشية الصاوي: ٢/ ٣٥٠. مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤١٩.

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٩٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٣٠. حاشية الشرواني: ٧/ ٢٢٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٣٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٤٩. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩.

(٥) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحاشية الشرواني عليها: ٧/ ٢٢٣.

(٦) المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٩٠.

(٧) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٨٤. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٣٠.

أما استدلال الشافعية بأن الشهادة شرط فيه ولا إطلاع للشهود على النية، فيرد عليه بأن الشافعية لا يعتمدون هذا الكلام بشكل مضطرد، فقد جاء عندهم أن الأب لو قال لآخر: زوجتك ابنتي، فقبل، ونويا فتاة معينة، صح النكاح مع أن الشهود لا إطلاع لهم على النية[١].

ثم إن الشافعية يقولون بانعقاد نكاح الأخرس بكتابته بلا خلاف[٢]، وهذا يَرِدُ عليه أن الكتابة عندهم كناية، ولابد لصحة النكاح من لفظ صريح، فكيف يصار إلى القول بجوازها بلا خلاف؟ أجاب الشافعية عن ذلك بأن نكاح الأخرس ينعقد بالكتابة إذا لم تكن له إشارة مفهمة، وتعذر توكيله رجلاً آخر لاضطراره[٣].

أقول: وهذا بعيد، فكيف يتفق أن يتعلم الأخرس الكتابة، ويعجز عن إصدار إشارة مفهمة؟ ثم لماذا لا يقال أيضاً بجواز عقد نكاح الغائب بالكتابة؛ لتعذر توكيله شخصاً آخر لاضطراره؟!.

ويلاحظ على المالكية أنهم منعوا صحة العقد بالإشارة والكتابة إلا لضرورة خرسٍ، وتقييد الضرورة بالخرس فقط لا دليل عليه، فهل ثمة ما يمنع من عد الغياب ضرورة؟ ولماذا لا يقاس الغائب على الأخرس بجامع أن كلاً منهما عاجز عن التعبير عن إرادته لفظاً.

وهذا ما دعى الحنابلة إلى النظر في حالة الغائب والتمييز بينه وبين الحاضر في مسألة صحة العقد بالكتابة، مع تعدد الروايات عندهم، إلا أن صاحب

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٣٠.
(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٢٢١. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٣٠.
(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٤/ ٣٥٦. حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٣٣.

الإنصاف ذكر أحد الأقوال فقال: «والأظهر عند الحنابلة المنع مع حضوره، والصحة مع غيبته»[١].

من خلال ما تقدم ترجح لدي اختيار القول بصحة عقد الزواج بكتابة الغائب؛ لأنها وسيلة التعبير الممكنة في حقه، فتقوم مقام التلفظ، كما أن الإشارة من الأخرس تقوم مقام الكلام.

فإذا كان الكتاب موثقاً بالشهادة عند كتابته وعند وصوله وقراءته، وسمع الشهود قبول الحاضر، فقد تحقق المقصود بالإيجاب والقبول؛ ولابد من التلفظ حال الكتابة كما قال الحنفية.

أما القانون السوري: فقد ذهب إلى صحة عقد النكاح بالكتابة من الغائب، ونص على ذلك في المادة الآتية: «يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس»[٢]، ومرجعه في ذلك هو المذهب الحنفي.

٢ ـ وكالة الغائب في عقد الزواج:

الأصل في الوكيل أنه يقوم مقام الموكل ويستمد سلطته منه؛ وتعد الوكالة نوعاً من الولاية[٣]؛ لأن تصرفات الوكيل تنفذ على الموكل، كما أن تصرفات الولي تنفذ على المولى عليه.

فهل يجوز للغائب رجلاً كان أم امرأة أن يوكل غيره لحضور مجلس العقد لينوب عنه في تزويجه؟.

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٥٠.

(٢) المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٩٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٧٧.

اتفق الفقهاء على صحة توكيل الرجل غيره ليزوجه[١]؛ لأن عقد الزواج عقد معاوضة، والقاعدة تقول: «من صحت منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه غيرَه، وتوكله فيه عن غيره، ومن لا، فلا»[٢]، وعقد الزواج يجوز للرجل أن يعقده بنفسه باتفاق الفقهاء، فيجوز أن يوكل به غيره[٣].

واستدلوا لذلك أيضاً بأن رسول الله ﷺ وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة[٤].

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٥ ـ ١٦. الفتاوى الهندية: ١/ ٢٩٥. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٩٥ ـ ٩٩. مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤٣٩. حاشية الصاوي: ٢/ ٣٧٢. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٣١. روضة الطالبين للنووي: ٣/ ٥٢٤، ٥٢٨. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٤٠. فتاوى الرملي: ٢/ ٢٠١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٤٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٦. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٤٦٣.

(٣) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

(٤) حديث توكيل رسول الله ﷺ لأبي رافع أخرجه مالك مرسلاً، ووصله غيره، الموطأ: ١/ ٢٨٣، كتاب النكاح، باب نكاح المحرم، حديث: ٧. عن سليمان بن يسار، أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث، ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج. وأخرجه موصولاً: الترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، حديث: ٨٤١. عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرسول فيما بينهما. قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن». والطبراني في المعجم الكبير، حديث: ٩١٥. والدارقطني في السنن: ٣/ ٢٦٢، كتاب النكاح، باب المهر، حديث: ٦٧. والبيهقي في السنن، كتاب النكاح، باب نكاح المحرم، حديث: ١٣٩٨٥.

وأبو رافع: هو مولى رسول الله ﷺ من قبط مصر، يقال: اسمه إبراهيم، وقيل: أسلم، كان عبداً للعباس فوهبه للنبي ﷺ فلما أن بشر النبي ﷺ بإسلام العباس أعتقه شهد غزوة أحد والخندق، وكان ذا علم وفضل، توفي في خلافة علي، وقيل: توفي بالكوفة، سنة: ٤٠هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ١٦. مشاهير علماء الأمصار للبستي: ١/ ٢٩. =

ولم يشترط الحنفية الإشهاد على الوكالة بالنكاح، إنما تشترط الشهادة على عقد الوكيل[١].

أما المرأة فقد اختلف الفقهاء في صحة توكيلها غيرها في نكاحها حاضرة كانت أم غائبة.

واختلافهم هنا هو فرع عن اختلافهم في صحة مباشرة المرأة عقد النكاح، فليس للمرأة عند المالكية والشافعية والحنابلة[٢] أن تلي عقد الزواج بنفسها، خلافاً للحنفية الذين قالوا بأن للمرأة الحرة البالغة العاقلة أن تباشر ذلك بنفسها[٣].

وبناءً على ذلك قال الجمهور: ليس للمرأة أن توكل غير وليها في عقد الزواج؛ لأنها لا تملك مباشرة هذا العقد بنفسها، إلا أنهم أعطوا الولي حق

= وميمونة: هي أم المؤمنين، بنت الحارث زوج النبي ﷺ وأخت أم الفضل زوجة العباس وخالة خالد بن الوليد وخالة ابن عباس، تزوج بها النبي ﷺ في وقت فراغه من عمرة القضاء سنة سبع في ذي القعدة، وبنى بها بسرف، وكانت من سادات النساء روت عدة أحاديث، قيل: ماتت في خلافة يزيد سنة إحدى وستين ولها ثمانون سنة، وقيل: توفيت سنة إحدى وخمسين رضي الله عنها. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٢٣٨.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢١. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٣١٣.

(٢) منح الجليل لعليش: ٢/ ٢٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٣. شرح الخرشي: ٣/ ١٧٣ ـ ١٧٤. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٤٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٢٤. حاشية الجمل: ٤/ ١٤٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٣٧.

(٣) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٤٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ١١٧. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٦.

التوكيل، فله أن يوكل عنه من يباشر هذا العقد، ووكيل كل ولي يقوم مقامه غائباً كان أم حاضراً[١].

أما الحنفية فليس ثمة فرق في صحة التوكيل بالنكاح بين الرجل أو المرأة؛ لأن المرأة تملك مباشرة هذا العقد بنفسها، فلها أن توكل فيه غائبةً كانت أم حاضرةً[٢].

وقد ذهب القانون السوري إلى جواز التوكيل في عقد النكاح، ولم يفرق بين حاضر أو غائب، كما أنه لم يفرق أيضاً في جواز ذلك بين رجل أو امرأة مستمداً ذلك من المذهب الحنفي.

وهذا ما جاء في المادة /٨/ التي نصت على ما يأتي:

«١ ـ يجوز التوكيل في عقد النكاح.

٢ ـ ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نصت على ذلك في الوكالة»[٣].

* * *

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٣١. حاشية الصاوي: ٢/ ٣٧٢. منح الجليل لعليش: ٣/ ٢٩٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٨. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٣٥. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٢٦٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٦. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٤٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٩.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٩٥ ـ ٩٩. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٣٠٦. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٥ ـ ١٦.

(٣) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لنجاة قصاب حسن: ٦٢.

*** المطلب الثاني ـ حق الغائب في ولاية النكاح:**

يتولى الولي الأقرب أمور التزويج، وهذا حق شرعي مقرر له، ولا تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى غيره، إذا كان دونه في الدرجة ولا إلى القاضي، إذا كان الولي الأقرب حاضراً ولم يكن به مانع يمنع من مباشرة عقد النكاح، وسواء أكانت ولايته إجبارية أم اختيارية.

ولكن ما الحكم إذا ما غاب الولي الأقرب وخشيت الفتاة فوات الكفء الراغب في الزواج في حال انتظار عودته أو معرفة رأيه: هل تنتقل الولاية إلى غيره؟ وإلى من تنتقل؟ ومتى؟

اختلف الفقهاء في ذلك، وفرقوا بين الغيبة القريبة، والغيبة البعيدة.

أولاً ـ الغيبة القريبة:

إذا كانت غيبة الولي الأقرب قريبة غير منقطعة، فإن الغائب يبقى على ولايته، ولا تنتقل الولاية لأحد عند الحنفية[(١)]، والمالكية في الولي المجبر[(٢)]، والشافعية في الأصح[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وحجتهم في ذلك أن الغائب في غيبة قريبة يعد بحكم الحاضر؛ لقرب عودته ويسر استئذانه.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١. المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩. مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤٣٥. حاشية الصاوي: ٢/ ٣٦٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٤١٥.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

ويشترط المالكية لاستمرار ولاية المجبر أن تكون النفقة جارية عليها، وأن لا يخشى عليها الفساد، وأن تكون الطريق مأمونة.

هذا مالم يظهر أنه يتعمد بغيابه الإضرار بها، وذلك بقصد تركها من غير زوج[1]، فإن اختل أحد الشروط السابقة انتقلت الولاية للقاضي.

وذهب المالكية إلى أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد في حال غياب الولي غير المجبر، وذلك بعد أن يكتب الحاكم إلى الولي، إما أن يحضر وإما أن يوكل من يزوجها[2]، أما مقابل الأصح عند الشافعية[3]، فقد ذهبوا فيه إلى أن الولاية تنتقل إلى القاضي، وإن كانت الغيبة قريبة؛ كي لا تتضرر بفوات الكفء.

ثانياً ـ الغيبة البعيدة:

إذا غاب الولي غيبة بعيدة، فما حكم ولايته؟ هل يبقى مستأثراً بولايته رغم غيابه، أم أن هذه الولاية تنتقل إلى غيره؟ وإذا انتقلت إلى غيره، فهل تنتقل إلى الولي الأبعد أم إلى القاضي؟

اختلف الفقهاء في ذلك على عدة أقوال، وسأبحث أولاً في حكم انتقال ولاية النكاح من الغائب غيبة بعيدة، ومن ثم سأبين آراء الفقهاء في حد الغيبة البعيدة، وذلك في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى ـ حكم انتقال ولاية النكاح من الولي الغائب غيبة بعيدة:

اختلف الفقهاء في انتقال ولاية النكاح من الولي الغائب غيبة بعيدة على ثلاثة أقوال:

---

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠. مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤٣٥.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤٣٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧.

القول الأول: تنتقل الولاية من الولي الأقرب الغائب إلى الولي الحاضر الذي يليه في الدرجة، ولا تنتقل إلى السلطان إلا في حال عدم وجود ولي، وهذا قول الحنفية(١)، والشافعية في مقابل الصحيح(٢)، والحنابلة(٣).

القول الثاني: تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى السلطان، وهذا قول المالكية(٤)والشافعية(٥)، والأولى عند الشافعية في هذا القول أن يستأذن القاضي الوليَ الأبعد، أو أن يأذن له بتزويجها خروجاً من الخلاف(٦).

وثمة تفصيل عند المالكية يحسن ذكره، حيث فرقوا بين الولي المجبر وغير المجبر، ففي غيبة الولي المجبر غيبة بعيدة يفرق بين حالتين:

الأولى: إذا غاب الولي المجبر غيبة بعيدة وكان قدومه متوقعاً بسرعة، كمن خرج لحاجة أو تجارة وهو عازم على العودة، فإن الولاية تبقى للغائب ولا تنتقل لغيره، ولو طالت إقامته في غيبته بشرط استمرار إنفاقه عليها، فإذا

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠. الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ١٠. لسان الحكام لإبراهيم الحنفي: ٣١٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٤١٤.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٥. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٧٦. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩. حاشية الصاوي: ٢/ ٢٣٥.

(٥) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٤١. الوسيط للغزالي: ٥/ ٧٥. حاشية الجمل: ٤/ ١٥١ ـ ١٥٢. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٣٣.

(٦) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٤١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٣٣.

انقطعت نفقتها، أو خيف الفساد عليها، انتقلت الولاية منه، وزوَّجها القاضي ولو جبراً، على المعتمد عند المالكية(١).

الثانية: إذا غاب الولي المجبر غيبة بعيدة، بحيث لا يرتجى قدومه بسرعة، فإن الولاية تنتقل إلى القاضي وإن لم يستوطن الولي، وإن دامت نفقتها ولم يخش عليها من الفساد، إلا أنها تُستأذن وإذنها صمتها، فإن خيف فسادها زوَّجها القاضي وإن لم تأذن(٢).

أما غيبة الولي غير المجبر إذا كانت بعيدة فإن القاضي هو الذي يزوِّج لا الأبعد؛ لأن الحاكم وكيل الغائب(٣).

القول الثالث: لا تنتقل الولاية من الولي الأقرب الغائب بأي حال، إذ لا ولاية للأبعد مع قيام الأقرب بحال، وليس للأبعد أن يزوج، إنما ينتظر حضور الولي الأقرب أو حتى تبلغ، وهذا قول زفر(٤) من الحنفية(٥).

الأدلـــــة:

١ـ أدلة القول الأول: استدل القائلون بانتقال الولاية من الولي الأقرب

---

(١) حاشية الصاوي: ٢/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩. مواهب الجليل للحطاب: ٣/ ٤٣٥ ـ ٤٣٦.

(٢) المراجع السابقة. وينظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٣/ ١٨٦.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

(٤) زفر: هو ابن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي، ويكنى أيضاً بأبي الهذيل، صاحب الإمام أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠هـ، قال فيه أبو حنيفة: أقيس أصحابي، يعد من المجتهدين، جمع بين الحديث والرأي، توفي بالبصرة سنة ١٥٨هـ، سير أعلام النبلاء للذهبي: ٨/ ٣٨. طبقات الفقهاء للشيرازي: ١٤١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠. المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٠. الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠.

إلى الولي الذي يليه في الدرجة في حال غيبته غيبة بعيدة، بالسنة والمعقول:

أ ـ من السنة: وذلك بحديث السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**السلطان ولي من لا ولي له**»(١).

وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ حدد في هذا الحديث الحالات التي تنتقل الولاية فيها إلى السلطان، وقيدها بعدم وجود أي ولي، وهذا يعم جميع الأولياء، فإذا وجد للمرأة أي ولي، فإن الولاية تنتقل إليه وإن كان دون الولي الغائب في الدرجة، وإلا فإنها تنتقل إلى السلطان(٢).

ب ـ من المعقول: وذلك من عدة وجوه:

١ ـ إن المرأة تخطب حيث هي عادةً، لذلك كان الولي الأبعد الحاضر معها أقدر على النظر لمن هي تحت ولايته، وأقدر على تحصيل مصالحها ـ كإحراز الكفء ـ من الولي الأقرب الغائب؛ لأن الأبعد متمكن من إحراز الكفء بحيث لا يفوِّته غالباً، خلافاً للغائب غيبة بعيدة، فإن ذلك متعذر في حقه؛ لأن الكفء الحاضر لا ينتظر حضور الولي الغائب أو استطلاع رأيه(٣)؛

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث: ١١٠٢. قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن». وأبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث: ٢٠٨٣. والدارمي في السنن، كتاب النكاح، باب في نكاح الصالحين والصالحات، حديث: ٢١٨٤. والحميدي في مسنده، حديث: ٢٢٧. وأخرجه الحاكم في مستدركه: ٢/ ١٦٨، كتاب النكاح، باب أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». وقال ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف: هذا الحديث صحيح: ٢/ ٢٥. وينظر: تذكرة المؤتسي للسيوطي: ١/ ٢١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٥. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠ ـ ٢٥١.

لذلك كان الحاضر أقدر على إحراز النظر، فكان أولى بثبوت الولاية له، إذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق بالعدم في الأحكام، كما في الأب مع الجد.

٢ ـ إن النظر للمولى عليها لا يحصل برأي الأقرب وحسب، بل لابد من رأي حاضر منتفع به، وقد خرج عن أن يكون منتفعاً به بسبب غيبته، فالتحق بمن لا رأي له أصلاً، كالصغير والمجنون، فيتعذر لذلك حصول التزويج من الأقرب، وتثبت الولاية لمن يليه من العصبات؛ إذ لو قيل ببقاء ولاية الأقرب لبطل حقها ولفاتت مصلحتها[1].

أما فوات حق الولي فقد كان بسبب من جهته وهو الغيبة، على أن المقصود من الولاية لا يفوت، إذ يخلفه فيه الولي الأبعد؛ لأنه تِلْوه في نفي غير الكفء، والاحتراس عن التلطخ بنسبه، فاجتمعا على مقصود واحد[2].

والتفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب، بل لأن في زيادة القرب زيادة مظنة للحكمة، وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان النظر والرأي للمولى عليها، فحيث لم ينتفع برأيه انتقلت الولاية إلى الأبعد[3].

٣ ـ إن رأي الأبعد خَلَفٌ عن رأي الأقرب، وفي ثبوت الحكم للخلف لا فرق بين انعدام الأصل وبين كونه غير منتفع به، ونظير ذلك التراب الذي يعد بديلاً عن الماء في حكم الطهارة، فمع وجود الماء النجس يكون التراب خلفاً، كما أنه عند عدم الماء يكون التراب بديلاً؛ لأن الماء النجس غير منتفع به في

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢١. الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ١٢٧. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩.

حكم الطهارة فهو كالمعدوم أصلاً، ونظيره أيضاً النفقة في مال الأقرب، فإذا انقطع ذلك ببعد ماله، وجبت النفقة في مال الأبعد فكذا الولاية[١].

٤ ـ إن الولاية تثبت للقاضي عند الحاجة، وليس ثمة حاجة مع وجود الولي الأبعد[٢].

ج ـ القياس على الميت أو المجنون:

إذا مات الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد، وهو أولى من السلطان، فيقاس على الموت أي عارض آخر يؤدي إلى سلب الولاية كالغياب مثلاً، وذلك أن علة تقديم الولي الأبعد على السلطان لا تختلف بالموت ولا غيره[٣].

٢ـ أدلة القول الثاني: استدل القائلون بانتقال الولاية إلى السلطان بسبب الغيبة البعيدة للولي الأقرب بما يأتي:

١ ـ إن ولاية الغائب باقية لبقاء أهليته، فالغيبة لا تسلب الولاية عندهم، بدليل استمرار التوارث وعدم انقطاعه بالغيبة، وأنه لو زوجها من إنسان في غيبته حيث هو صح العقد، فالغائب يبقى ولياً وله حق التزويج؛ لأن النظر قائم، ولكن لما تعذر عليها الوصول إلى حقها بسبب غيابه قام القاضي مقامه في ذلك[٤].

(١) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥١. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٤١. الوسيط للغزالي: ٥/ ٧٤ ـ ٧٥.

٢ ـ القياس على عضل الولي، فإذا خطب الفتاة كفء وامتنع الولي من تزويجها منه، كان للقاضي أن يزوجها، فيقاس على ذلك غياب الولي بجامع دفع الضرر عن الفتاة[١].

٣ـ أدلة القول الثالث: استدل زفر ـ رحمه الله ـ لقوله بعدم انتقال الولاية من الولي الأقرب إذا غاب غيبة بعيدة بما يأتي:

أ ـ إن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها تثبت حقاً له وهو صيانة القرابة عن نسبة غير الكفء، والغيبة لا تؤثر في إسقاط هذا الحق.

فإذا كانت ولاية الأقرب قائمة فليس للأبعد أن يزوجها لبقاء ولاية الأقرب، ومن باب أولى ليس للسلطان ذلك؛ لأن ولايته دون ولاية الأبعد[٢].

ب ـ واستدل على بقاء ولاية الأقرب وعدم انتقالها بالقياس على ما لو زوجها وهو غائب حيث هو فإنه جائز، فدل هذا على أنه لم يسلب الولاية شرعاً بغيبته[٣].

المناقشة والرأي المختار:

١ـ مناقشة أدلة القول الأول: يجاب عن استدلالهم بحديث: **«السلطان ولي من لا ولي له»**[٤] بأن الشافعية لا يقولون بانتقال الولاية إلى السلطان لعدم وجود ولي حاضر، إنما يقولون ببقاء الولاية للولي الأقرب الغائب؛ لبقاء

(١) المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧.

(٢) الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠. المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢١.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩.

(٤) مر تخريج هذا الحديث عند عرض أدلة القول الأول في هذه المسألة، ينظر: ص: ١١٩.

أهليته، فالغيبة لا تسلب الولاية عندهم، ولكن لما تعذر النظر من الولي بسبب غيابه، قالوا بنيابة القاضي عنه في ذلك.

والشافعية بهذا القول يحافظون على حق الغائب؛ لأن القول بانتقال الولاية منه سلب لحقه، كما أن فيه محافظة على حق من كانت تحت الولاية، وذلك بتفويض النظر في أمرها إلى القاضي الذي يعد وكيلاً عن الغائب.

أما استدلالهم من المعقول فيجاب عنه بأن نيابة القاضي عن الغائب تقوم مقام ولاية الأبعد؛ فيحصل بهذه النيابة إحراز الكفء وعدم تفويته، ويستفاد من رأيه، فهو رأي حاضر منتفعٍ به، وهو خَلَفٌ عن رأي الولي الأقرب، فأدلة المعقول إذاً تصلح أدلةً للشافعية أيضاً.

أما القياس على الموت فهو قياس مع الفارق، فالموت يسقط الولاية وينقلها للأبعد؛ لاستحالة مراجعته أو عودته، أما الغائب فهو على ولايته وإن تعذرت مراجعته؛ لأنه حي، وقد يعود في أي وقت، ثم إن الموت يقطع الميراث خلافاً للغيبة التي لا تمنعه، فافترقا.

٢ـ مناقشة أدلة القول الثاني: أجاب الحنفية والحنابلة عن استدلال الشافعية بأن انتقال الولاية إلى السلطان معارض بحديث: «**السلطان ولي من لا ولي له**»، وهذا الحديث يجعل مرتبة السلطان بعد فقدان الولي مطلقاً، فإذا كان للفتاة أولياء حاضرون انتقلت الولاية إليهم؛ لأن الغائب وإن كان الأقرب، إلا أن غيبته البعيدة ألحقته بالمعدوم، والمعدوم لا ولاية له، فكذا الغائب، وتنتقل الولاية إلى من يليه بالرتبة[1].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

أما القياس على العضل فقياس مع الفارق؛ لاختلاف الغيبة البعيدة عن العضل، فالولي إذا امتنع من تزويجها بالكفء كان ظالماً بامتناعه عن إيفاء حقٍ واجبٍ عليه، مما يستدعي تدخل القاضي لرفع هذا الظلم، خلافاً للولي الغائب، فلا ظلم في غيبته؛ لعدم امتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه، فليس ثمة حاجة لتدخل السلطان وقيامه مقامه في إيفاء الحقوق(١).

٣ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

أجاب الحنفية عن استدلال زفر على بقاء ولاية الأقرب(٢)، بأن القول بثبوت ولاية الأقرب ممنوع، ولا نسلم أنه يجوز إنكاحه، بل لا يجوز، وولايته منقطعة بدليل أن الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته برأي الأقرب؛ لخروجه من أن يكون منتفعاً به بالغيبة.

ثم لو قيل بجواز عقده حيث هو لأدى ذلك إلى مفسدة؛ لأن الحاضر لو زوَّجها بعد تزويج الغائب لها حيث هو، ولم يعلم الحاضر بذلك، لدخل الزوج

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥.

(٢) اختلف فقهاء الحنفية في بقاء ولاية الأقرب أو انتقالها بسبب الغياب على قولين: ذهبوا في القول الأول منهما إلى أنها باقية مستمرة، ولا تؤثر الغيبة إلا في إعطاء الأبعد ولاية بسبب غيبة الأقرب، فتصبح كأن لها وليين مستويين في الدرجة كالأخوين والعمين، فلا تنافي بين الولايتين في هذا القول فتجتمعان، وينتفع بولاية الحاضر الذي يعد حضوره أكثر نفعاً من حيث النظر للمولى عليها بما يحقق مصلحتها، وينتفع بالغائب الأقرب الأوفر شفقة؛ لأنه أكثر حرصاً على المصلحة.

أما القول الثاني فذهبوا فيه إلى زوال ولاية الأقرب وانتقالها إلى الأبعد وهو الأصح؛ لأن الولاية تثبت للمصلحة، والغيبة جعلتها متعذرة، فزالت؛ ولأنها لو بقيت لأدى ذلك إلى الفساد، إذ قد يزوجها الغائب حيث هو والحاضر بآن معاً، مما يترتب عليه فساد أحد العقدين لا محالة. ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠ ـ ٢٥١.

بها وهي في عصمة غيره، وهذا فيه فساد كبير[١].

ويرد على قول زفر أيضاً بأن انتظار الغائب حتى يحضر فيه إضرار بالمرأة، وتفويت لمصلحة متوقعة لها بتفويت هذا الخاطب الذي قد يتعذر قدوم مثلٍ له، وهذا الانتظار يعد من قبيل العضل، وقد يترتب على تأخير تزويجها وقوعها في الفتنة، وهذا إضرار بها، والضرر مرفوع شرعاً.

والقول الذي أميل إلى اختياره: إن الولي الغائب يبقى على ولايته، ولا تسلب منه هذه الولاية؛ إذ لا تأثير للغيبة في إسقاطها، والانتفاع برأيه ممكن وإن كان غائباً، دون حاجةٍ لانتظاره، وذلك من خلال الكتابة إليه، أو الاتصال به، سيما وأن هذا الأمر غدا يسيراً في هذه الأيام.

فإن تعذر ذلك لعدم معرفة مكانه أو لأي سبب آخر، فإن الولي الحاضر ينوب عنه في ذلك؛ لتعذر الإطلاع على رأي الغائب، ومراعاة لمصلحة الفتاة.

وهذا الاختيار فيه مراعاة لجانب الولي الغائب والمولى عليها بآن معاً، فولاية الغائب قائمة ومستمرة، وغيابه لا يؤدي إلى سلب ولايته، وهذا يحفظ حق الغائب، فإذا تعذر الإطلاع على رأيه فإن حق الفتاة في الوصول إلى حقها يتطلب منح الولاية للولي الأبعد لينوب عن الأقرب في ذلك.

ويشهد لهذا الاختيار أن الولي الأبعد أوفر شفقة من القاضي، وأكثر نظراً منه في مراعاته لمصلحة من تحت ولايته، وخاصة في هذا الزمان الذي فسد فيه القضاء أو كاد، وازدادت فيه المنازعات والقضايا التي ملأت المحاكم وشغلت القضاة فلم يعد بإمكان القاضي أن يتبين مصلحة الفتاة باختيار الكفء لها.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٥٠ ـ ٢٥١. المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢١. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٨٩.

إلا أن الأولى أن يَستأذن الولي الأبعد القاضي خروجاً من الخلاف، وهذا يناسب ما آل إليه الحال في عصرنا الحاضر من تنظيم أمور الزواج وإجراءاته أمام القضاء الشرعي.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على انتقال الولاية في حال غيبة الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، أخذاً برأي الحنفية والحنابلة، لكنه اشترط لانتقالها أن يظهر للقاضي أن انتظار معرفة رأي الولي الغائب يؤدي إلى فوات مصلحة الفتاة، وذلك في المادة /٢٣/ والتي جاء فيها: «إذا غاب الولي الأقرب، ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحةٍ في الزواج، انتقلت الولاية إلى من يليه»[١].

النقطة الثانية ـ حد الغيبة البعيدة:

اختلف الفقهاء في تحديد الغيبة البعيدة التي تنتقل الولاية بناءً عليها من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد أو إلى القاضي على أقوال كثيرة، ملخصها ما يأتي:

القول الأول: إن حد الغيبة البعيدة يقدر بأن يكون الغائب بعيداً مسافة تزيد على مسافة القصر؛ لأن البعد ليس لأقصاه غاية، فحُدد بأدنى مدة السفر؛ ولأن الغائب دون تلك المسافة يعد في حكم الحاضر، وهذا قول أكثر المتأخرين من الحنفية، وعليه الفتوى[٢]، وهو قول الشافعية[٣]، وقول عند الحنابلة[٤].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لقصاب حسن: ٧١.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ١٣٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ١٢٧. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٩٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ١٠.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٦٠. المهذب للشيرازي: ٢/ ٣٧. الإقناع للشربيني: ٢/ ٤١٢. وذهب الشافعية في قول آخر إلى أنه إذا كان بعيداً دون مسافة القصر فهو في حكم الغائب غيبة بعيدة؛ لأن استئذانه متعذر.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٥٥. الكافي لابن قدامة: ٣/ ١٠٧. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٤٠.

القول الثاني: أن يكون الغائب بموضع بحيث لا تتردد القوافل عليه في السنة إلا مرة؛ لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر، فيلحقها الضرر بعدم تزويجها، وهذا قول للحنفية(١)، وأحد أقوال الحنابلة(٢).

القول الثالث: أن يغيب في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه لفات الكفء الذي حضر، أما إن كان في موضع لا يفوت معه الخاطب فليست ببعيدة.

وهذا اختيار صاحب المبسوط(٣)، وكثير من مشايخ الحنفية(٤)، وهو أحد أقوال الحنابلة(٥).

وثمة أقوال أخرى عديدة عند الحنفية منها: أن يكون الولي جوَّالاً من موضع إلى آخر، فلا يوقف على أثره(٦).

وقيل: إذا كان مختفياً في المدينة بحيث لا يوقف عليه، فغيبته منقطعة(٧)،

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٢. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ١٠. الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠ حاشية ابن عابدين: ٣/ ٨١. وقد ذكر السرخسي أن هذا القول هو الأصح، وقال صاحب الهداية بأنه أقرب إلى الفقه.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٧٧، ويقول المرداوي: «وهذا القول قوي».

(٣) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٢.

(٤) الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠٠. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٩٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٥١.

(٥) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٧٦.

(٦) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢٢٢. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ١٠. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٢/ ١٢٧.

(٧) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٩٠، ويقول ابن الهمام: «وهذا القول أشبه بالفقه». ولا يقصد الحنفية بالغيبة المنقطعة هنا حالة المفقود، وهذا ظاهر من خلال معرفة أنه مختف في البلد وأنه حي، فمقصودهم هنا الغيبة البعيدة.

وقيل: يشترط أن يكون بعيداً كالمسافة ما بين بغداد والرِّي، وقيل غير ذلك[١].

القول الرابع: الغيبة البعيدة، هي التي يكون فيها بحيث لا يصل إليه الكتاب فيها، أو يصل فلا يجيب عنه؛ لأن مثل هذه الغيبة تجعل مراجعته أمراً متعذراً.

وهذا أحد أقوال الحنابلة، وثمة قول عندهم، وفيه أن يكون في مسافة لا تقطع إلا بكلفة ومشقة[٢].

أما المالكية فإن حد الغيبة عندهم يختلف بحسب نوع الولي، فحد الغيبة في الولي المجبر مقدر بأن يكون بعيداً جداً، كأن يكون في أفريقيا، والفتاة في مكة مثلاً، ولم يرج قدومه بسرعة.

أما حد الغيبة البعيدة في الولي غير المجبر، فمقدر بأن يغيب عن بلد المرأة يومين أو ثلاثة[٣].

القول المختار:

يلاحظ على الأقوال السابقة أنها لم تعتمد على نص أو توقيف في تحديدها، إنما استندت إلى الرأي والاجتهاد.

فينبغي لتحديد الغيبة التي تعد بعيدة؛ ليصار إلى انتقال الولاية بناءً عليها، أن ينظر في ذلك إلى ما يحقق مصلحة المرأة ومراعاة شؤونها والنظر في أمورها، دون افتئات على حق الولي.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٥١. تبيين ا لحقائق للزيلعي: ٢/ ١٢٧.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٥. ويقول المرداوي: «والمذهب تحديدها بحيث لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، وقد فسر البهوتي ذلك بأن تكون فوق مسافة القصر». الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٧٦. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٦٤٠.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٢٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٨٦. منح الجليل لعليش: ٣/ ٢٨٧.

وهذا يتحقق من خلال وضع ضابط له، بأن يتعذر الوصول إلى الولي لاستطلاع رأيه، بحيث يفوت الخاطب إذا انتظر حضوره، فإن تعذر ذلك كانت غيبته بعيدة، وإن كان قريباً، وذلك كالسجناء الذين تمنع الدولة الاتصال بهم.

أما تحديد المدة بالعام فهذا طويل جداً، فإن الضرر يمكن أن يلحق بالمخطوبة في مثل هذه المدة فيذهب الخاطب، وليس ثمة ما يدل على أن الخاطب الكفء ينتظر سنة، وهو تعليل أصحاب هذا القول.

وكذلك فإن تحديدها بمسافة القصر: وهي ما يقارب الـ٨١كم، فيه اعتداء على حق الولي؛ لإمكان الاتصال به، وعودته خلال مدة يسيرة جداً.

لذلك فإن تَعَذُّر الوصولِ إلى الولي أو استطلاع رأيه أينما كان مما يلحق الضرر بالفتاة، أَوْلى بأن يُتخذ ضابطاً للحالات التي تنتقل فيها الولاية بسبب الغياب، وهذا القول يستوعب كثيراً من الأقوال التي تعددت في هذه النقطة، والتي تتفق في فحواها على مقصود واحد وهو تحقيق مصلحة الفتاة، حيث نظروا في تحديدهم للغيبة لا إلى البعد بعينه، إنما لتعذر الوصول إلى التزويج بنظر الولي.

* * *

المبحث الثاني

طلاق الغائب

*** تمهيد:**

الطلاق في اللغة حل القيد والإطلاق، ومنه قيل: ناقة طالق، أي: مرسلة

بلا قيد، وأسير مطلق، أي: حُلَّ قيده وخُلِّي عنه، وقد جُعل في المرأة طلاقاً وفي غيرها إطلاقاً(١).

أما الطلاق في الاصطلاح فهو حَل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه في الحال أو المآل(٢).

وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فآيات عديدة، منها قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[البقرة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق: ١].

وأما السنة فقوله ﷺ: «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**»(٣).

وقد أجمعت الأمة على جواز الطلاق.

فإذا كان الزوج غائباً وأراد رفع هذا العقد أو حَلَّه، فهل يملك هذا الحق؟

لم يشترط أي من فقهاء المسلمين لإيقاع الطلاق حضور الزوج، فيملك الزوج أن يطلق زوجته حال حضوره وغيابه على حد سواء، ومن الأدلة على

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة: طلق. مختار الصحاح للرازي، مادة: طلق. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٦٧.

(٢) البناية شرح الهداية للعيني: ٥/ ٣. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٥٥. الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: ٨/ ٢٣٤.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن، من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنه، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، حديث: ٢١٧٨. وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، حديث: ٢٠١٨. قال ابن الجوزي في العلل المتناهية: «وهذا حديث لا يصح»: ٢/ ٦٣٨. وينظر: كشف الخفاء للعجلوني: ١/ ٢٨.

وقوع طلاق الغائب حديث فاطمة بنت قيس[١]، عندما طلقها زوجها أبو عمرو ابن حفص[٢] البتة وهو غائب، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وشكت إليه قلة نفقتها، فقال لها رسول الله ﷺ: **«ليس لك عليه نفقة»**[٣]. وهذا إقرار من رسول الله ﷺ بطلاقها؛ لأنه لم يعترض على طلاق زوجها، إنما نفى وجوب النفقة، مما يدل على أن الغائب يملك أن يطلق زوجته، وهذا الحد لا خلاف فيه، بل نقل الإمام النووي ـ رحمه الله ـ الإجماع على ذلك[٤].

والغائب حين يطلق زوجته لا يخلو أن يكون في واحدة من الحالات الآتية:

الأولى: أن يطلق زوجته وهو غائب عنها خلال محادثة هاتفية معها، وهذا الطلاق يعد طلاقاً صريحاً، يقع فور تلفظه بألفاظ الطلاق الصريح، أو بكنايته عنه مع عزمه إيقاع هذا الطلاق.

---

(١) **فاطمة بنت قيس**: الفهرية إحدى المهاجرات وأخت الضحاك، كانت تحت أبي عمرو المخزومي، فطلقها فخطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم، فنصحها رسول الله ﷺ وأشار عليها بأسامة بن زيد فتزوجت به، وهي التي روت حديث السكنى والنفقة للمطلقة بتة، حدث عنها الشعبي وأبو سلمة بن عبد الرحمن وآخرون، توفيت في خلافة معاوية. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٣١٩.

(٢) **أبو عمرو بن حفص**: وقيل: هو أبو حفص بن عمرو بن المغيرة بن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي، زوج فاطمة بنت قيس، واختلف في اسمه، فقيل: أحمد، وقيل: عبد الحميد، وقيل اسمه كنيته، وكان خرج مع علي إلى اليمن في عهد النبي ﷺ فمات هناك، ويقال بل رجع إلى أن شهد فتوح الشام. الإصابة لابن حجر: ٧/ ٢٨٧. تهذيب الكمال للمزي: ٣٣/ ٢٥٢.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث: ١٤٨٠، (٣٦). والحديث أيضاً في المنتقى لابن الجارود، باب العدد، حديث: ٧٦٠.

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي: ١٠/ ٩٦.

الثانية: أن يرسل لزوجته طلاقها مع رسول يخبرها بالطلاق، أو أن يوكل هذا الرسول بطلاق زوجته، وهنا يقع الطلاق فور تلفظ الزوج به عند الجمهور[1]، خلافاً للظاهرية[2] الذين قالوا بوقوعه ولكن حال بلوغها الخبر وتصديقها إياه، وكذلك في حال التوكيل فإن الطلاق لا يقع إلا عند إنفاذ الوكيل له[3]، ولم يخالف في ذلك سوى الظاهرية الذين قالوا بعدم جواز الوكالة في الطلاق[4].

الثالثة: أن يكتب طلاق زوجته بكتاب موجه إليها، فإن قيل بوقوع الطلاق بالكتابة وقع طلاق الغائب، وإن قيل بعدمه لم يقع طلاقه.

فاختلاف الفقهاء في هذه المسألة محصور في نقطتين:

الأولى: في الوقت الذي يقع فيه طلاق الغائب، هل يقع حال كتابته أو تلفظه به عند إرساله، أم لابد من علمها وتصديقها؟

والثانية: في وقوع الطلاق بالكتابة. وسأبحث الحكم الفقهي لذلك في المطلبين الآتيين بعون الله تعالى.

* * *

*** المطلب الأول ـ الوقت الذي يقع فيه طلاق الغائب ويعد نافذاً:**

إذا طلق الغائب زوجته وذلك بإرسال طلاقها مع رسول، أو كتب إليها

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٩٩، ١٢٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٨٤. الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ١٦٩. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٤.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٩٩. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٢٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٣٨. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٤٤٤.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٣.

كتاباً يخاطبها فيه أنه طلقها، فمتى يقع هذا الطلاق وتترتب عليه آثاره؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يقع طلاق الغائب حال تلفظ الزوج به أمام الرسول، أو عند فراغه من كتابته إذا لم يضف ذلك إلى وقت أو يعلقه على شرط.

أما إن علقه على شرط الوصول، كأن يكتب إليها إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق، أو علقه على شرط آخر، فإن وقوع الطلاق معلق بوصول الكتاب إليها، أو بحدوث الشرط.

وهذا قول الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

القول الثاني: لا يقع الطلاق من الغائب إلا عند تحقق الشرطين الآتيين:

١ ـ أن يصلها خبر الطلاق من طريق تثق به وتصدقه، أو بطريق مقبول شرعاً، كالشهادة المقبولة في الحكم، وعندها ينفذ من تاريخ علمها.

٢ ـ أن تكون زوجة الغائب حال بلوغها الخبر في وضع يشرع فيه الطلاق، وذلك بأن تكون حاملاً، أو أن تكون في طهر لم يقربها فيه.

فإن تخلف أيٌّ من الشرطين السابقين لم يكن طلاقاً، وتبقى امرأته كما كانت، تسري بينهما جميع الحقوق الزوجية، سواءٌ أكان مدخولاً بها أم لا، وهذا قول الظاهرية(٥).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ١٠٩. المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٤٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٨٤. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٣٣٣.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣ ـ ٤٦٤. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٥. تكملة المجموع: ١٨/ ٢٦٣.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ٣٧٤.

(٥) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٥.

الأدلـــة:

١ـ **أدلة القول الأول:** لم يذكر أصحاب هذا القول لوقوع الطلاق حال تلفظ الزوج، أو حال فراغه من كتابته، أدلةً خاصة بذلك، إلا أنه يمكن أن يستدل لهم بما يأتي:

أ ـ إن الرسول ما هو إلا ناقل لكلام المرسل، وليس وكيلاً عنه، والزوج إذا تلفظ بالطلاق فقد عبر عن إرادته الصريحة برفع عقد الزواج حالاً دونما تأخير، هذا ما لم يعلقه.

وكذلك الأمر في حال كتابته، فإن كتابته للطلاق تعد دليلاً على ما نواه أو قاله عند كتابته، وتعبيراً عن إرادته دون أي تغيير من زيادة أو نقصان.

والرسالة شفهية كانت أم كتابية ليس فيها إلا معنى الإخبار، والقول بعدم وقوع الطلاق إلا عند وصول الرسالة يجعلها إنشائية، وهذا مخالف لمقصود المرسل وإرادته، ذلك أنه قصد وقوع الطلاق ساعة كتابته بدليل عدم إضافته إلى وقت أو تعليقه ذلك على شرط.

ب ـ يستدل للجمهور أيضاً بما جاء عن الشعبي[1] أنه سئل عن رجل كتب إلى امرأته وهو غائب: اعتدي، فماتت قبل أن يبلغها الكتاب، قال: «إن كانت لم تَنْقَضِ عدتها ورثها، وإن كانت قد انقضت عدتها لم يتوارثا»[2].

(١) **الشعبي:** (١٩ ـ ١٠٣هـ)، هو عامر بن شراحيل الشعبي، أبو عمرو، ولد سنة ١٩هـ، أصله من حِمْيَر، ومنسوب إلى الشعب (شَعْب همدان)، راوية فقيه من كبار التابعين، توفي سنة ١٠٣هـ. الأعلام للزركلي: ٣/ ٢٥١.

(٢) الأثر ورد في السنن لسعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب بطلاق امرأته، رقم: ١١٨٩.

وهذا يدل على وقوع الطلاق فور كتابته وإن لم يصل إليها، وإلا لكان ورثها مادام الكتاب لم يصل إليها قبل موتها.

٢ـ أدلة القول الثاني: استدل الظاهرية لقولهم بآيات من الكتاب الكريم وبالمعقول المستفاد منها.

أ ـ أما الكتاب، فقد استدل ابن حزم بعدد من الآيات التي يبين الله تعالى لنا فيها صفة الطلاق في حالاته المختلفة(١):

١ ـ ففي حالة المرأة المدخول بها نجد قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾[الطلاق: ١]، فالآية هنا بينت الصفة التي يتم بها طلاق المرأة المدخول بها.

٢ ـ وفي حالة الطلاق قبل الدخول نجد قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[البقرة: ٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[الأحزاب: ٤٩]، وهاتان الآيتان تدلان على صفة طلاق المرأة قبل الدخول.

٣ ـ أما إذا كانت المرأة حاملاً فنجد قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق: ٦].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات: أن الله تعالى شرع الطلاق، وبين لنا صفته المشروعة في حالات الطلاق المختلفة، وهذا يلزمنا التقيد بتلك الصور.

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٦.

ب ـ **وأما المعقول**، فقد اعتمدوا فيه على توجيههم للآيات السابقة، وعلى قول السلف في عدة زوجة الغائب، فرأوا أن الآيات يظهر منها ما يأتي:

أولاً ـ يتبين بالضرورة لكل ذي حس سليم أن من طلق زوجته دون أن يبلغها بطلاقه فقد أضر بها، والإضرار بها محرم، مما يجعل فعله باطلاً مردوداً، والمعصية لا تنوب عن الطاعة.

ثانياً ـ تدل الآيات بالضرورة أيضاً على أن كل من طلق امرأته ـ حاضراً كان أم غائباً ـ دون أن يبلغها طلاقه، لم يسرحها سراحاً جميلاً، ومن لم يطلق للعدة، ولم يحص العدة، كان طلاقه مخالفاً لأمر الله تعالى، ومن لم يطلق كما أمر الله تعالى لم يطلق أصلاً.

أما اعتمادهم على قول السلف في عدة الغائب، فذلك من خلال قولهم: إن العدة لا تلزمها إلا عند علمها بخبر طلاقها، وهذا يدل على أن الطلاق لم يلزمها إلا من حين لزمتها العدة، لا قبل ذلك، إذ لا يجوز في دين الإسلام أن تؤخر العدة أو تؤجل أو يحال بفارق زمني بين بداية العدة ووقوع الطلاق، كما أنه لا يجوز أن تكون المرأة المتزوجة خارجة عن عقد الزوجية بطلاق وهي غير معتدة؛ لأن هذا مخالف للقرآن والسنة[1].

المناقشة والرأي المختار:

أورد ابن حزم ـ رحمه الله ـ بعض الاعتراضات على مذهب الظاهرية وأجاب عنها:

فقد ذكر الأثر الوارد عن فاطمة بنت قيس، والذي تقول فيه: أرسل إليَّ زوجي بطلاقي، فشددت على ثيابي، ثم أتيت النبي ﷺ فقال: **«كم طلقك؟»**

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٦.

قلت: ثلاثاً، فقال: «**صدق: ليس لك نفقة...**» الحديث[(١)]، وهذا يدل على أن زوج فاطمة كان غائباً، مما يدل على وقوع طلاق الغائب؛ يقول ابن حزم في توجيه الاستدلال بهذا الحديث: «وهذا قولنا، ولم نقل قط: إنه لا يلزمها الطلاق إذا بلغها الخبر»[(٢)].

غير أنه حاول توجيه هذا الحديث إلى الزوج الحاضر، وذلك من خلال رواية مسلم ـ رحمه الله ـ التي جاء فيها: أن أبا حفص طلق فاطمة بنت قيس ثلاثاً، ثم انطلق إلى اليمن[(٣)]، وهذه الرواية تدل على أنه طلقها قبل غيابه.

أقول: وهذا غير مسلم به، فالرواية الأخرى ـ وهي عند مسلم أيضاً ـ صريحة في أنه طلقها البتة وهو غائب، فلا بد من التوفيق بين الروايتين، وذلك من خلال الجمع بينهما بحيث يصبح معنى الرواية: أنه طلقها البتة وهو غائب عنها، ثم انطلق إلى اليمن، وهذا يبدو أكثر وضوحاً من خلال رواية الموطأ: أنه طلقها البتة وهو غائب بالشام[(٤)].

أما الاعتراض الثاني الذي افترضه ابن حزم، فهو أن يقال للظاهرية: إن القول بوقوع طلاق الغائب وجواز ذلك يناقض مذهبكم الذي لا يجيز الطلاق المعلق بحلول أجل معين أو بحدوث وصف معين.

---

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب إرسال الرجل إلى زوجته بالطلاق، حديث: ٣٤١٨. وابن حبان في صحيحه، باب النفقة، في ذكر وصف مابعث به أبو عمرو بن حفص إلى فاطمة بنت قيس لنفقتها، حديث: ٤٢٥٤.

(٢) المحلى: ٩/ ٤٥٦.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث: ١٤٨٠، (٣٨).

(٤) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥٤، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المعتدة، حديث: ٦٧.

وأجاب عن ذلك بأن الله عزَّ وجل علمنا الطلاق في كل صنف من أصناف المطلقات المختلفة، وفي المطلقة الصغيرة التي لم تكلف بعد، والمجنونة أيضاً وكلتاهما ليستا أهلاً للخطاب، ولا يلزم من مخاطبتهما إيقاع الطلاق عليها.

ثم إن الزوج قد يطلق زوجته عند باب الدار ويرسل من يخبرها بذلك وهو قريب منها، وهذا الطلاق لا خلاف في وقوعه، فإذا جاز ذلك فهل ثمة فرق بين طلاق تم بغيابه بعيداً في أقصى بلاد الدنيا، وبين طلاق تم بغيابه ولو خلف جدار، وذلك كله ليس طلاقاً إلى أجل، إنما هو طلاق لازم بشرط بلوغه إليها، أو بلوغ أهلها إن كانت دون سن الخطاب كالصغيرة، أو ليست أهلاً كالمجنونة، فيقع بذلك حل عقد النكاح كالفسخ تماماً[1].

والقول الذي أميل إلى اختياره في هذه المسألة ما ذهب إليه الجمهور من وقوع الطلاق حال تلفظ الزوج به، أو عند فراغه من كتابته المُطْلَقَةِ عن تحديد وقت؛ لأنه ليس ثمة ما يحول دون ترتب الأثر مباشرة على فعل الزوج وإرادته، سواء أكانت كتابة أم كلاماً ما لم يعلق ذلك على شرط.

والآيات التي استدل بها ابن حزم، هي وإن كانت تبين صفة الطلاق وصوره، إلا أن طلاق الغائب يدخل في تلك الصور، والظاهرية يقولون به، إلا أنهم يؤخرون نفاذه إلى ساعة علمها، وحجتهم في ذلك أن في إنفاذه ساعة التلفظ به أو كتابته فيه إضرار من الزوج، سواء أأرسل يخبرها أم لم يرسل.

وهذه التسوية في الحكم من الظاهرية تجانب الدقة بعض الشيء، فكيف يساوى في الحكم بين من طلق زوجته وهو غائب عنها ولم يرسل لإخبارها، وبين من طلقها وكتب إليها مخبراً، مع أن الفرق ظاهر؟ ذلك أن كتابة الزوج

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٧.

طلاق امرأته وإرساله ذلك مخبراً ينفي قصد الإضرار بها ويحقق السراح الجميل، وهذا يوجب التفريق بينهما في الحكم.

أما استدلال ابن حزم بأن العدة لا تلزمها إلا ساعة علمها بالطلاق، مما يدل على وقوع الطلاق ساعة لزوم العدة، فأقول: هذا استدلال غير سليم، فكيف يستدل على تحديد ساعة الطلاق بثبوت أحد آثاره، فقد يتخلف الأثر لبعض الوقت لسبب قاهر، فهل يدل ذلك على عدم وقوع السبب المنتج لهذا الأثر؟! بل إن مدة العدة كاملة تنقضي إن لم تعلم المرأة بوقوع الطلاق أو حدوث الوفاة، فهل يعني ذلك عدم وقوع الطلاق أو الوفاة؟!

ثم إن العدة شرعت إما للتأكد من براءة الرحم، أو التعبد، أو التفجع على موت الزوج، أو ليتمكن الزوج في هذه المدة من مراجعة نفسه عله يراجع زوجته[1].

فأما الأولى وهي التأكد من براءة الرحم فهذا حاصل بغيابه عنها، وإن قيل بأنها للتعبد، فإنها لا تكلَّف به إلا ساعة علمها، وهي ليست للتفجع هنا، أما الأخيرة، فإن الزوج يمكنه أن يراجع زوجته خلال مدة العدة، فلا وجه لاستدلالهم بذلك، وعدم التزام المرأة بالعدة لعدم علمها ليس له أي أثر على السبب الذي أوجبها؛ ليؤخر وقوعه أو يرفعه أو يؤجله.

* * *

*** المطلب الثاني ـ طلاق الغائب بكتابته إلى زوجته:**

تعد كتابة الغائب إلى زوجته بطلاقه إليها إحدى الوسائل التي يتمكن

---

(١) الهداية شرح البداية للمرغيناني: ٢/ ٢٨، كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١.

الغائب بها من إعلام زوجته، فإذا وجه غائب رسالة إلى زوجته يعلمها فيها بطلاقه، أو يطلقها فيها بشكل مباشر، فهل يقع طلاقه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يقع طلاق الغائب إذا كتب إلى زوجته بذلك مطلقاً ولو دون نية، وسواء تلفظ به أم لا، وهذا قول عند الشافعية(١)، والمذهب عند الحنابلة(٢).

القول الثاني: يقع طلاق الغائب عن طريق كتابته إلى زوجته بشرط اقترانها بالنية.

وهذا قول الحنفية(٣) والمالكية(٤)، والشافعية في الصحيح(٥)، والحنابلة في الرواية الثانية(٦)، إلا أن في هذا القول تفصيلاً لدى المذاهب:

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٤.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٤٨. الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي: ٣/ ١٥٠، إلا أن الحنابلة يذكرون أن الزوج إذا قال: لم أرد بذلك إلا تجويد خطي، أو غَمَّ أهلي قُبِل منه، وكذا لو قرأ ما كتبه، وينظر: كشف المخدرات والرياض المزهرات للبعلي: ٢/ ١٢٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٤٦. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ١٨٦. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٦٨.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ٣٨٤. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٣٣٣.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣. الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ١٦٧. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٣٢٩.

(٦) الإنصاف: ٨/ ٤٧٣، وقال المرداوي: «وهو الصواب». وينظر: المغني لابن قدامة: ٧/ ٣٧٣. المحرر لابن تيمية: ٢/ ٥٤.

فالحنفية يفرقون بين الكتابة المستبينة[١] المرسومة وغير المرسومة.

فإذا كانت الكتابة مرسومة، أي: على رَسْمِ كتب الرسالة، وعلى طريق الخطاب، مصدرة ومعنونة باسم الزوجة، بأن يكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، أما بعد: يا فلانة فأنت طالق، فيقع الطلاق هنا ـ وإن لم ينو ذلك ـ قضاءً.

وإذا كانت الكتابة غير مرسومة، وهي التي لم تكتب إلى عنوان الزوجة، ولم تصدر باسمها، ولم تكن على وجه المخاطبة، كأن يكتب: زوجتي طالق، فلا بد لوقوع الطلاق من اقتران الكتابة بالنية[٢].

أما الشافعية فقد ميزوا في كتابة الغائب طلاق زوجته بين حالتين:

الأولى: أن يقرأ الغائب ما يكتبه حال كتابته أو بعد كتابته، فإذا قرأه كان طلاقاً صريحاً، ويقع حال التلفظ به ولو من غير نية؛ لأنه يقع لو تلفظ به ولم يكتبه، فكانت الكتابة زيادة في ذلك، فأولى أن يقع الطلاق به.

الثانية: أن يكتب الطلاق دون أن يتلفظ به، فلا يقع الطلاق إلا بشرط اقتران الكتابة بالنية[٣].

القول الثالث: لا يقع طلاق الغائب عن طريق الكتابة.

---

(١) الكتابة المستبينة: هي ما يكتب على الورق أو الحائط أو الأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٤٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٣٧/ ١٠٩. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢٦٧. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٦٨. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ١٨٦. المبسوط للسرخسي: ٦/ ١٤٣. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٤٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣ ـ ٤٦٤. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤١. الحاوي للماوردي: ١٠/ ١٦٧ ـ ١٦٩. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٤.

وهذا قول الشافعية في مقابل الأظهر[1]، ومذهب الظاهرية[2]، والمعتمد عند الإمامية[3].

وسبب الاختلاف بين هذه الأقوال اختلافهم في الكتابة: هل هي طلاق صريح أم غير صريح؟! وإن كانت طلاقاً صريحاً، هل هي كناية أم لا؟.

فمن رأى أنها طلاق صريح، فقد قال بوقوع الطلاق دون نية، ومن رأى أنها طلاق غير صريح إنما هي كناية، فقد قال بوقوع طلاق الغائب بكتابته إذا اقترن بالنية.

أما من رأى أنها ليست طلاقاً صريحاً ولا كناية، فإن الطلاق بالكتابة لا يقع عنده وإن نواه، حاضراً كان أم غائباً.

الأدلـــــة:

أ ـ أدلة القول الأول: استدل القائلون بوقوع الطلاق بالكتابة مطلقاً بالأدلة الآتية:

١ ـ إن الكتابة طلاق صريح ولا يفتقر إلى نية، شأنه في ذلك شأن الكلام[4]؛ لأن الله عزَّ وجل أنذر بكتابه فقال: ﴿لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَ﴾[الأنعام: ١٩]. وكان رسول الله ﷺ ـ وهو المأمور بتبليغ الرسالة ـ يأمر ويبلغ مرة بالقول، وأخرى بإرسال الرسل إليهم، وبالكتابة ثالثاً، والتبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل هذا على أن الكتاب من الغائب ينزل منزلة

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٤.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٤.

(٣) شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٩.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ١٦٧. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٣٢٩.

الخطاب من الحاضر، فصار كأنه خاطبها بالطلاق عند حضوره فقال: أنت طالق، أو أرسل إليها بذلك رسولاً يخبرها بطلاقه لها حال غيابه.

٢ ـ إن الكتابة حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها وقع كاللفظ، وقامت الكتابة مقام الكاتب؛ لأنها تقوم في الإفهام مقام الكلام، ولأن العادة جارية في استعمالها في موضع الكلام، فاقتضى هذا جريانها في الحكم مجرى الكلام[١].

٣ ـ الكتابة أعم من القول، فهي تفهم الحاضر والغائب، خلافاً للكلام الذي يختص بإفهام الحاضر دون الغائب.

٤ ـ إن الصحابة رضي الله عنهم جمعوا القرآن في المصحف خطاً، وأقاموا الكتابة مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه[٢].

٥ ـ القياس على إشارة الأخرس، فكما أن إشارة الأخرس جعلت كالعبارة في حقه دون الناطق، فإن الكتابة تعد كالعبارة في حق الغائب دون الحاضر[٣].

٦ ـ إن الكتابة هي أحد الخطابين، فالإنسان يمكنه أن يعبِّر عما في نفسه بكتابته كما يعبر بلسانه، ولهذا قيل: القلم أحد اللسانين، ومن الثابت أن الإنسان إذا عبر عن إرادته الطلاق بلسانه كان له ذلك، وترتبت عليه آثاره، فكذا لو عبَّر عن ذلك بكتابته[٤].

---

(١) الحاوي للماوردي: ١٠/ ١٦٧. المغني لابن قدامة: ٧/ ٣٧٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٤٨. المعتمد للشيباني وابن ضويان: ٢/ ٢٦.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ١٦٧.

(٣) البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٥.

(٤) المرجع السابق.

ب ـ **أدلة القول الثاني**: استدل القائلون بوقوع طلاق الغائب بكتابته شرط اقترانها بالنية، بأن الكتابة ليست صريحة كالكلام، ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، ودليل ذلك أن الله تعالى وَكَلَ مهمة إبلاغ الأمة وإنذارها إلى رسول الله ﷺ بقوله: ﴿ إِنَّآ أَرْسَلْنَٰكَ بِٱلْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾[البقرة: ١١٩]، فلو كانت الكتابة بمنزلة الكلام الصريح لمكّن الله تعالى رسوله منها، ولعلّمه الكتابة؛ ليكمل له بذلك أدوات الإبلاغ، وللاستعانة بها على إتمام مهمة الإنذار.

ثم لو كانت الكتابة كلاماً صريحاً، لما بعث الله رسولاً أمياً لا يكتب وإن تكلم، كما لا يبعث رسولاً أخرس لا يتكلم وإن كتب، وفي ذلك دلالة على أن الكتابة ليست من صريح الكلام.

ومما يدل على ذلك أيضاً: أن كتابة القرآن في الصلاة لا تجزىء المصلي إن لم يتلفظ بها، ولا تقوم مقام القراءة، وكذلك فإن المرتد لا يكتفى منه بكتابة الشهادتين دون أن يتكلم بهما، ولو كانت الكتابة تقوم مقام اللفظ لأجزأ في الحالتين السابقتين[١].

فثبت بذلك أن الكتابة ليست طلاقاً صريحاً كالكلام، إنما هي كناية في الطلاق ويشترط لوقوع الطلاق في الكناية أن تقترن بالنية، خلافاً للطلاق بلفظ صريح[٢]، وزيادة النية في الكتابة؛ لأنها نقص عن الكلام؛ ولأن الكتابة ـ وهي كناية هنا ـ قد يقصد بها الحكاية، أو تجويد الخط، أو الطلاق، فاحتملت بذلك أكثر من معنى، وتحديد أحد تلك المعاني يستلزم اقتران الكتابة بالنية لتحديد المعنى المقصود.

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ٢٦٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٥٦. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٣٢٩. شرح الزركشي: ٥/ ٣٩٨. الشرح الكبير لابن قدامة: ٨/ ٢٩٢.

وأدلة القول الأول تصلح أيضاً للاستدلال بها لهذا القول، عدا تلك التي أشارت إلى كون الكتابة طلاقاً صريحاً.

ج ـ **أدلة القول الثالث**: استدل ابن حزم ـ رحمه الله ـ لعدم وقوع الطلاق بالكتابة، بعدم وجود نص يدل على وقوع الطلاق بها، وأن الله تعالى بيَّن لنا صفة الطلاق وكيفيته، من ذلك قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[البقرة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿. . فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق: ١]، ولم يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى ورسوله بها اسم تطليق على حالة الكتابة، إنما يقع ذلك بالقول أو التلفظ به، فصح أن الكتابة لا تعد طلاقاً إلا إذا تلفظ بها[1].

والكتابة عند أصحاب هذا القول ليست صريحة في الكلام، وليست كناية أيضاً؛ لأنها فعل ممن يقدر على القول، فلم يقع الطلاق به، كالإشارة من الناطق[2].

ولأن كتابة اليد هي ترجمان اللسان ومعبر عنه، كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه، فلمَّا لم تقع الكتابة مقام الصريح إلا بنية القلب، لم تقم الكناية مع الكلام إلا بنطق اللسان[3].

الرأي المختار:

إن القول بوقوع طلاق الغائب بكتابته إلى زوجته إن اقترنت نيته بكتابته هو أقرب الأقوال إلى الصواب إذا كانت كتابته واضحة الدلالة في التعبير عن إرادته بالطلاق؛ ذلك أن الكتابة هي إحدى وسائل التعبير عن إرادة الإنسان.

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٦٣. البيان للعمراني: ١٠/ ١٠٥.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/ ١٦٨.

فإذا كتب الزوج الغائب إلى زوجته كتاباً يذكر فيه أنه طلقها ونوى ذلك، فقد عبر عن إرادته الطلاق، وتعد الكتابة في حق الغائب كالإشارة في حق الأخرس، بجامع أن الكتابة والإشارة تعينتا للتعبير عن إرادة الغائب والأخرس.

أما ما استدل به ابن حزم ـ رحمه الله ـ بأن الكتابة بالطلاق لم تقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى ورسوله بها، فهذا استدلال عجيب منه؛ لأنه قال بجواز الطلاق ممن لا يحسن العربية بلفظ الطلاق المترجم[1]، مع أن ذلك لم يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها؛ واستدل لذلك بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة: ٢٨٦] وبغيره من الأدلة التي ساقها للبرهان على أن المرء مكلف قدر استطاعته، وهذا يقتضي أن يندرج الغائب تحت هذه الأدلة في عدم تكليفه فوق طاقته، وأن تقبل الكتابة منه للتعبير عن رغبته بالطلاق، فلماذا لم يدخل ابن حزم حالة الغائب تحت مظلة تلك الأدلة التي ساقها، وليس ثمة ما يمنع دخوله؟!.

أما القانون السوري، فقد ساوى بين اللفظ والكتابة في الطلاق، ولم يفرق بين قادر على اللفظ وغيره، كمالم يفرق بين حاضر وغائب، فيقع طلاق الغائب إن كتب لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقه لها.

وقد نص على ذلك في المادة /٨٧/ والتي جاء فيها:

«ف١: يقع الطلاق باللفظ والكتابة، ويقع من العاجز عنها بإشارته المعلومة».

مسألة ـ عدة التي طلقها زوجها وهو غائب:

اتفق الفقهاء على أن العدة تبدأ من يوم الطلاق[2]، فإذا علمت زوجة

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٢. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٢٩. حاشية ابن =

الغائب بطلاق زوجها يوم الطلاق اعتدت من ذلك اليوم، فإن علمت بطلاقه بعد مضي بعض عدتها أكملت ما بقي منها ولم تعد ما مضى منها، فإن لم يبلغها خبر الطلاق حتى انقضت العدة فلا عدة عليها؛ لأن العدة أجل يعقب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً؛ ولأن النية ليست شرطاً في العدة بدليل وجوبها على المجنونة والصغيرة وهما ليستا من أهل القصد.

ومما يدل على ذلك أيضاً أن انقضاء عدة الزوجة إذا كانت حاملاً ووضعت غير عالمة بفرقة زوجها أو موته، فإن العدة تنقضي بمضي وقتها وإن لم تجتنب الزوجة فيها ما تجتنبه المعتدة؛ لأن الإحداد ليس شرطاً في العدة، ولو تركته قصداً لانقضت عدتها(١).

وثمة رواية عند الحنابلة اشترطوا فيها لبدء العدة من يوم الطلاق أن يثبت الطلاق ببينة، فإن لم تشهد بذلك بينة، فإن العدة تبدأ من يوم يأتيها الخبر(٢).

* * *

= عابدين: ٣/ ٥٢٠. المدونة الكبرى: ٢/ ١٢. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٣. الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٧٩٣. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٣. الشرح الكبير لابن قدامة: ٩/ ١٢٩ ـ ١٣٠. المقنع لابن البنا: ٣/ ١٠١٧.

(١) ينظر: الأم للشافعي: ٨/ ٣٢٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٩ ـ ١٣٠.

(٢) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٩ ـ ١٣٠. وقد نقل صاحب الشرح الكبير قول علي والحسن وقتادة وعطاء وغيرهم في أن العدة تبدأ من يوم يأتيها الخبر؛ لأن العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها.

المبحث الثالث

التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج

* **تمهيد:**

يؤثِّر غياب الزوج بشكل واضح في العلاقة الزوجية، فالزواج مبناه المشاركة والاقتران والاختلاط، والحياة الزوجية تقوم على الرجل والمرأة معاً، فإذا غاب الزوج اختلت أحدى هذه الدعائم؛ لأن المرأة فقدت عماد زواجها بغيابه، فتتضرر الزوجة من ذلك أشد الضرر، وقد تكون في تلك المدة التي غاب عنها موضع شك واتهام، وقد لا يكون معها من يؤنسها ويدفع عنها الوحشة، كما أنها قد تخشى على أخلاقها وعفتها من الانحراف والوقوع في ردهات الرذيلة.

وغيبة الزوج ـ غير المنقطعة ـ لا تخلو من أن تقترن بإحدى حالتين، الأولى: أن يغيب الزوج تاركاً لها ما يكفيها من نفقة، أو أن يرسل لها نفقة تكفيها، والثانية: فأن يغيب الزوج دون أن يترك أو يرسل لها أي نفقة.

وسأبين في هذا المبحث حق الزوجة في طلب التفريق بسبب الغياب، وإذا طلبت التفريق هل يستجاب طلبها؟ وذلك في ثلاثة مطالب:

سأتناول في المطلب الأول بيان حكم التفريق للضرر الناشىء عن غياب الزوج وحبسه في الفقه الإسلامي والقانون.

أما المطلب الثاني فسأتناول فيه بيان حكم التفريق للإعسار، أو عدم الإنفاق حال غياب الزوج في الفقه الإسلامي والقانون.

وفي المطلب الثالث سأبحث الآثار المترتبة على التفريق للغيبة ولعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والقانون.

*** المطلب الأول ـ حكم التفريق للضرر بغياب الزوج وحبسه في الفقه الإسلامي والقانون:**

أولاً ـ حكم التفريق للضرر بغياب الزوج في الفقه الإسلامي والقانون:

أ ـ التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي:

إذا غاب الزوج عن زوجته، وترك لها نفقة تكفيها، إلا أنها تضررت بهذا الغياب، وخشيت الفتنة على نفسها، أو الوقوع في الفاحشة، وطلبت التفريق، فهل يجاب طلبها أم أنها ملزمة بالصبر على غيبة الزوج، وليس لها أي حق في طلب الفرقة منه بحال، إلاَّ أن يطلقها الزوج نفسه؟.

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للضرر الناشىء عن غياب الزوج على قولين: فرأى بعضهم أنه لا حق لها في ذلك، على حين أجاز آخرون التفريق لهذه العلة، وفيما يأتي بيان ذلك:

١ ـ **القول الأول:** عدم التفريق بين المرأة وزوجها بسبب الغياب مطلقاً، سواء أطالت هذه المدة أم قصرت، وسواءٌ أكانت بعذر أم بغير عذر، ما دام قد ترك لها ما تنفق منه على نفسها.

وهو ما ذهب إليه الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة في قول(٣)، والظاهرية(٤) والجعفرية(٥).

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤، ٤٩. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٥.

(٢) الأم للشافعي: ٨/ ٣٣٠.

(٣) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١. وهذا رأي القاضي عند الحنابلة، وهو مقيد بعدم الإضرار بالزوجة.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٢٧.

(٥) شرائع الإسلام للحلي: ٢١٤.

٢ ـ **القول الثاني**: جواز التفريق للضرر بسبب الغيبة، إلا أن فيه تفصيلاً:

ذهب المالكية[(١)] إلى القول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها مدة طويلة، وخشيت الوقوع في الزنا، سواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر؛ فالقصد من التفريق عندهم هو رفع الضرر عن الزوجة؛ لأنها لا تستطيع الصبر على بُعد زوجها، فلا أثر لقصد الزوج هنا، ويُطَلَّق عليه، ولو لم يقصد الضرر[(٢)].

أما الحنابلة[(٣)] فقد نظروا إلى سبب الغيبة وفرقوا في الحكم بناءً عليها، فإذا كانت غيبة الزوج لعذر حاجة لم يفرق بينهما، وإن طالت مدة الغياب، مادام قد ترك لزوجته نفقة، ومن أمثلة ذلك غيابه في طلب العلم، أو طلب الرزق الضروري، أو الجهاد في سبيل الله، أو الحج وغيره، أما إن كانت غيبته لغير عذر، وتضررت المرأة، وطالبت بالتفريق، فرق القاضي بينهما.

ويبدو أن التفريق هنا كان لإصرار الزوج على الغياب، قاصداً الإضرار بزوجته؛ لأنه غاب دون سبب وجيه، فكان التفريق عقوبة له مقابل قصده.

سبب الاختلاف بين الفريقين في هذه المسألة:

يعود اختلاف الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجين للضرر الناشىء عن غياب الزوج إلى الاختلاف الحاصل بينهم في حق الوطء، فرأى بعضهم أنه حق للرجل وليس واجباً عليه، ورأى آخرون أن للزوجة فيه حقاً أيضاً، ولذلك

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١. المنتقى للباجي: ٤/ ٣١. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٤. المدونة للإمام مالك: ٢/ ٣٤٧.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٤٣١.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٨.

اشترطوا دوامه، فمن قال بأنه لا يعدو كونه حقاً للرجل وليس واجباً عليه، وله ترك حقه إن شاء، قال بعدم التفريق بسبب الغياب، أما من قال بأنه حق مشترك بينهما، ولابد من دوامه واستمراره، قال بالتفريق للضرر بتركه الناجم عن الغياب.

ونظراً لأن مدار اختلاف الفقهاء في هذه النقطة يعود إلى اختلافهم في حق الوطء فسأبسُط القول فيه مفصلاً عند فقهاء المذاهب:

اختلف الفقهاء في حق الوطء على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية[(١)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة في قول القاضي[(٣)]، إلى أن الوطء حق للرجل، ولا يجب عليه إلا مرة واحدة قضاءً، وما زاد عليها مستحق ديانة لا قضاءً، ويأثم عند الحنفية[(٤)] إذا ترك الديانة متعنتاً مع قدرته على الوطء، ولا يأثم بتركه مطلقاً عند الشافعية[(٥)]، ويشترط القاضي من الحنابلة أن لا يتعمد الإضرار بتركه.

---

(١) الهداية شرح البداية للمرغيناني: ٣/ ٢٤١. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٩٥، ٤٦٩. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ٢٢٧. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: ٢/ ٣٥٨.

(٢) الإقناع للشربيني: ٢/ ٤٥١. حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٨٧. حاشية الشرواني: ٧/ ٣١٢، فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٣٨٤.

(٣) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١. والقاضي عند الحنابلة هنا: هو أبو يعلى الفراء، إذ هو المقصود حتى أثناء المئة الثامنة.

وأبو يعلى الفراء: (٣٨٠ ـ ٤٥٨هـ)، هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء، أبو يعلى، عالم عصره في الأصول والفروع، من أهل بغداد، وُلي قضاء دار الخلافة وغيرها فاشترط شروطاً لقبولها، كان شيخ الحنابلة، وله تصانيف كثيرة منها: الأحكام السلطانية، والكفاية في الفقه. الأعلام للزركلي: ٦/ ٩٩ ـ ١٠٠. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٨/ ٨٩ ـ ٩٢.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢٣٥، ٤/ ١٣٥. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٠٣.

(٥) حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٨٧.

فالوطء عند أصحاب هذا القول حق للزوج، فلا يجب عليه، وله تركه، إلا أن لها حقاً فيه، ويسقط هذا الحق بالوصول إليه مرة واحدة في العمر.

يقول صاحب البدائع: «وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء؛ لأنّ حله لها حقها، كما أن حلها له حقه، وإن طلبته يجب على الزوج، ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى، ولا تجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا، وعند بعضهم تجب في الحكم»[١].

ولم أجد مستنداً لهذا القول فيما بحثت فيه إلا ما استدل به ابن حجر ـ رحمه الله ـ لذلك في شرحه حديث السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ والذي جاء فيه: إن رفاعة القرظي[٢] تزوج امرأة ثم طلقها، فتزوجت آخر، فأتت النبي ﷺ فذكرت له أنه لا يأتيها، وأنه ليس معه إلا مثل هدبة الثوب، فقال: **«لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»**[٣].

يقول ابن حجر: «استدل بهذا الحديث على أن المرأة لا حق لها في الجماع؛ لأن هذه المرأة شكت أن زوجَها لا يطؤها، وأن ذَكَره لا ينتشر، وأنه

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٣١.

(٢) **رفاعة القرظي**: هو ابن سموءل، ويقال: ابن سموأل، وهو الذي طلق امرأته تميمة بنت وهب فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير. الجرح والتعديل للرازي: ٣/ ٤٩٢. الإصابة لابن حجر: ٢/ ٤٩١.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب شهادة المختبىء، حديث: ٢٦٣٩، وفي كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها، حديث: ٥٣١٧، ومسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، حديث: ١٤٣٣، وينظر: المسند المستخرج على صحيح مسلم لأبي نعيم، كتاب الطلاق، حديث: ٣٤٥١.

ليس معه ما يغني عنها، ولم يفسخ النبي ﷺ نكاحها بذلك»[١].

ويمكن أن يستدل لهم أيضاً بما يأتي:

١ - إن الوطء لو كان للمرأة فيه حق لجاز لامرأة العِنِّين التي أصابها مرة واحدة ثم أصيب بالمرض أن تطلب الطلاق[٢]، فليس لها حق في الوطء بدلالة ذلك.

٢ - إن الزواج عقد، والمهر فيه بدل البضع، وللزوج حق الانتفاع بالبضع[٣] مقابل ذلك، فإن قيل بأن الوطء حق لها بالإضافة إلى المهر، لكانت مستحقة للبدلين في عقد واحد.

القول الثاني: وهو للمالكية[٤] والحنابلة[٥] وقد ذهبوا فيه إلى أن الوطء حق للمرأة أيضاً، واستدامته واجبة، ولها المطالبة به، واشترط الحنابلة أن لا يكون بالزوج عذر مانع كمرض ونحوه.

واستدلوا لذلك بالكتاب، والسنة، والآثار، والإجماع، والمعقول، والقياس:

١ـ من القرآن الكريم: استدلوا بالآيات الآتية:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ﴾[النساء: ٣٤].

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٨٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٩٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٤٢.

(٣) الهداية للمرغيناني: ١/ ٢٠١. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٨٥. الوسيط للغزالي: ٥/ ٢٦٨.

(٤) منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٦٥.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١.

وجه الدلالة: أن الأمر في الآية الكريمة في معاقبة الناشز إنما يكون عن طريق هجرها في المضجع، وهذا يدل على أنه ليس له أن يهجرها في المضجع دونما نشوز، مما يدل على وجوب المبيت في المضجع[١].

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: أن الإمساك بالمعروف هو الجماع[٢]، وهو مطالب به، مما يدل على أحقيتها فيه.

٢ ـ من السنة والآثار:

أ ـ حديث عبدالله بن عمرو بن العاص[٣] رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **«يا عبدالله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟»** قلت: بلى يا رسول الله، قال: **«فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم؛ فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً، وإن لزوجك عليك حقاً»**[٤].

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٥/ ٤٨١.

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٥/ ٢٦٣.

(٣) **عبدالله بن عمرو بن العاص**: (٧ق هـ ـ ٦٥هـ)، من قريش، صحابي من النساك، من أهل مكة، أسلم قبل أبيه، واستأذن رسول الله ﷺ أن يكتب ما يسمع منه فأذن له، كان يشهد الغزوات، وحمل راية أبيه يوم اليرموك، شهد صفين مع معاوية، وولاه معاوية الكوفة مدة، امتنع عن بيعة يزيد بن معاوية وانقطع للعبادة في عسقلان، عمي آخر حياته واختلفوا في مكان وفاته، له (٧٠٠) حديث. أسد الغابة لابن الأثير: ٣/ ٣٤٥. حلية الأولياء لأبي نعيم: ١/ ٢٨٣. الإصابة لابن حجر: ٤/ ١٩٢.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، حديث: ١٩٧٥. ومسلم، كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به، أو فوت به حقاً، أو لم يفطر العيدين والتشريق، وبيان تفضيل صوم يوم وإفطار يوم، حديث: ١١٥٩.

وجه الدلالة: قوله: «**وإن لزوجك عليك حقاً**»، وهو حقها في الوطء، وهذا واضح من خلال بيان الحديث لحال عبدالله، فقيامه الليل وصومه النهار دليل على منعه حقها في الوطء، ولذلك نهاه رسول الله ﷺ عن ذلك[١].

ب ـ حديث جابر رضي الله عنه[٢] أن رسول الله ﷺ قال: «**فراش للرجل، وفراش لامرأته وفراش للضيف، والرابع للشيطان**»[٣].

وجه الدلالة: قول رسول الله ﷺ: «**فراش للرجل، وفراش لامرأته**».

وهذا يدل على أنه ليس على الرجل أن ينام مع امرأته في فراش واحد، وإنما حقها عليه في الوطء خاصة[٤].

ج ـ حديث أبو الدرداء[٥] عندما أتاه سلمان[٦] ـ رضي الله عنهما ـ فصنع أبو الدرداء رضي الله عنه له طعاماً، فقال: كل فإني صائم، قال ما أنا بآكل حتى

---

(١) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٠ ـ ٢٣٣.

(٢) **جابر**: (١٦ق.هـ ـ ٧٨هـ)، هو ابن عبدالله بن عمرو بن حرام، أنصاري، خزرجي، الصحابي الجليل، ولد سنة ١٦ قبل الهجرة، أحد المكثرين لرواية الحديث، له ١٥٤٠ حديثاً، شهد بيعة العقبة، آخر الصحابة وفاة بالمدينة سنة ٧٨هـ. الإصابة لابن حجر: ١/ ٤٣٤.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب كراهية ما زاد عن الحاجة من الحق باللباس، حديث: ٢٠٨٤.

(٤) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٢٥٣ ـ ط دار الفكر. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١١.

(٥) **أبو الدرداء**: هو عويمر بن عامر بن قيس الأنصاري الخزرجي، حكيم الأمة، أسلم يوم بدر، سهد أحدً وأبلى فيها، وولاه معاوية قضاء دمشق، مات لسنتين بقيتا من خلافة عثمان. الإصابة لابن حجر: ٤/ ٧٤٧.

(٦) **سلمان الفارسي**: أبو عبدالله، يقال له: سلمان ابن الإسلام، وسلمان الخير، أصله من رامهرمز، وقيل من أصبهان، كان عالماً زاهداً، جاوز المئتين وخمسين، آخى الرسول ﷺ بينه وبين أبي الدرداء، مات سنة: ثلاث أو اثنتين وثلاثين. الإصابة لابن حجر: ٣/ ١٤١.

تأكل، قال: فأكل، فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم، قال: نم، فنام، ثم ذهب يقوم، فقال: نم، فلما كان من آخر الليل، قال سلمان: قم الآن، فصلَّيا، فقال له سلمان: إن لربك عليك حقاً، ولنفسك عليك حقاً، ولأهلك عليك حقاً، فأعط كل ذي حق حقه، فأتى النبيَّ ﷺ، فذكر ذلك له، فقال النبي ﷺ: **«صدق سلمان»**[١].

وجه الدلالة: في إقرار رسول الله ﷺ لقول سلمان: «ولأهلك عليك حقاً»، والوطء هو أحد هذه الحقوق.

يقول ابن حجر: «وقد يؤخذ من قوله: ولأهلك عليك حقاً ثبوت حقها في الوطء، ثم قال: وائت أهلك[٢]، وأقره النبي ﷺ على ذلك»[٣].

د ـ استدل صاحب المغني بما جاء في بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال: «إن لها حقاً عليك يا بعل، تصيبها في أربع لمن عدل، فأعطها ذاك ودع عنك العلل، فاستحسن عمر قضاءه ورضيه»[٤].

ومعنى ذلك أن الله عزَّ وجل أحل للرجل أن يتزوج من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن فعل فلكل واحدة منهن يوم، وبناء عليه فللرجل ثلاثة أيام على تقدير زواجه بأربع نسوة، وللمرأة من أربعة أيام يوم، ومن أربع ليال ليلة واحدة.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب من أقسم على أخيه ليفطر في الصوم، حديث: ١٩٦٨، وينظر: فتح الباري لابن حجر: ٤/ ٢٦٦.

(٢) قوله: «ثم ائت أهلك»، هذه الزيادة هي في رواية للدارقطني في السنن: ٢/ ١٧٦. كتاب الصيام، باب تبييت النية من الليل.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٤/ ٢٦٦.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١١. الاستيعاب لابن عبد البر: ٣/ ١٣٢١.

٣ـ من الإجماع:

استدلوا بالإجماع الذي حصل على قضاء كعب بن سوار[١] عندما جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب وكان كعب جالساً، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين، ما رأيت أفضل من زوجي، إنه ليبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفطر، فاستغفر لها عمر وأثنى عليها، فاستحيت المرأة، وقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين هلا أعديت[٢] المرأة على زوجها، فقال عمر لكعب رضي الله عنهما: اقض بينهما، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم، قال: قال فإني أرى أن لها يوما من أربعة أيام كأن زوجها له أربع نسوة، فإذا لم يكن له غيرها، فإني أقضى له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة، فقال عمر: «والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة»[٣]، وفي لفظ: «فنعم القاضي أنت»، وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعاً[٤].

٤ـ من المعقول والقياس:

واستدلوا لذلك بالأمور الآتية:

---

(١) **كعب بن سور الأزدي**: قاضي البصرة، وليها لعمر وعثمان، أسلم على عهد النبي ﷺ ولم يره، فهو معدود من كبار التابعين، قتل يوم الجمل، قام يعظ الناس ويذكرهم، فجاءه سهم فقتله. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٥٢٤. التاريخ الكبير للبخاري: ٧/ ٢٢٣. تحفة التحصيل في ذكر رواة المراسيل للكردي: ٢٧٠.

(٢) أعديت: من الاستعداء وهو طلب التقوية والنصرة، والمعنى هلا نصرت. ينظر: المصباح المنير للفيومي، مادة: عدو.

(٣) الاستيعاب لابن عبد البر: ٣/ ١٣١٩. وينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد: ٧/ ٩٢.

(٤) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٢٦٥. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٦.

أ ـ قالوا: لو لم يكن لها حق في الوطء لما ثبت لها الخيار إذا تزوجت بالمجبوب والممسوح جاهلة بهما، وذلك لتعذر الوطء بسبب هذا العيب، مما أعطاها الخيار بالفسخ، وهذا دليل على وجود حق لها في الوطء[١].

ب ـ إن الوطء واجب على الرجل، ولو لم يكن واجباً على الزوج لزوجته، لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به، كالزيادة في النفقة على قدر الواجب، ولكن التسوية في القسم واجبة، فليس له تخصيص إحداهما وحرمان الأخرى؛ لحقها فيه[٢].

ج ـ إن الوطء حق للمرأة كالرجل، بدليل وجوب استئذان المرأة في العزل كالأمة؛ لأن في العزل إنقاصاً لحقها، فيشترط لذلك رضاها، ولو كان غير واجب لما وجب استئذانها فيه[٣].

د ـ مما يدل على وجوب الوطء أيضاً: أنه إذا حلف الرجل على ترك الوطء وجب عليه، ولو كان غير واجب في الأصل لما صار باليمين على تركه واجباً[٤].

أي أنهم استدلوا بالقياس على الإيلاء في وجوب الوطء، وبيان ذلك: أن الزوج إذا حلف على عدم الاقتراب من زوجته مدة أربعة أشهر فهو مول، ويجب عليه إذا أراد استمرارية الزواج أن يطأ زوجته خلال هذه المدة، أو بعد انتهائها، على خلاف بين الفقهاء، وأن يُكَفِّر عن ذلك.

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٨٥. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٢٧، ٤٢٨.
(٢) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٧.
(٣) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.
(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.

ووجوب الوطء في الإيلاء لم يكن بسبب اليمين على تركه، إذ لا أثر لليمين في إحالة أمر غير واجب إلى أمر واجب بذاته، فإذا حلف الإنسان على أن يترك طعاماً معيناً، أو أن يمتنع عنه، فإن هذه اليمين لا تجعل هذا الطعام المباح واجباً عليه، وكذلك اليمين على عدم وطء الزوجة، لو كان الوطء غير واجب لم تصيره يمين الترك هذه واجباً.

المناقشة والرأي المختار:

يمكن أن يجاب عما استدل به ابن حجر ـ رحمه الله ـ بما جاء في حديث السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ بأن رسول الله ﷺ لم يفسخ هذا الزواج؛ لاحتمال علمها قبل زواجها بعجز زوجها عن الوطء، وعلمها بذلك وسكوتها عنه دليل قبول منها بذلك، وهذا يسقط حقها في الوطء، أو أنها علمت بذلك وقصدت الزواج منه؛ ليكون ذلك سبيلاً لها تعود من خلاله إلى زوجها الأول، وحرصاً من رسول الله ﷺ لئلا يتخذ هذا الطريق وسيلة للتحايل من أجل تحليل المرأة لزوجها الأول، فقد رفض فسخ هذا النكاح، ويشهد لذلك اشتراطه ﷺ الجماع بقوله: **(لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)**(١).

ثم كيف يستقيم أن تجيء تلك المرأة طالبة فسخ نكاحها لعلة عدم الوطء فقط، نظراً لعجز الزوج عنه، فيأتيها الجواب: لن تنالي الطلاق حتى يُقْدِمَ زوجك على وطئك؟!

فامتناع رسول الله ﷺ عن إجابة المرأة لطلبها بالفسخ لم يكن لأن المرأة لا حق لها في الجماع، بدليل أن رسول الله ﷺ لم يسلم بقول المرأة وادعائها عجز زوجها عن الوطء، وهذا يستفاد من رواية البخاري الأخرى لهذا الحديث،

---

(١) سبق تخريجه عند عرض أدلة القول الأول في هذه المسألة.

وفيها قول رسول الله ﷺ لها: «**لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا . . .**»[(١)]، بل إن تكذيب زوجها لها هو أشد دلالة على ذلك، وقد ورد ذلك عند البخاري أيضاً في كتاب اللباس، فقد جاء في هذه الرواية قول زوجها: كَذَبَتْ والله يا رسول الله، إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشزة تريد رفاعة، قال: «**فإن كان ذلك لم تحلي له**»[(٢)].

وهذه الرواية تدل بوضوح على أن سبب عدم الفسخ لا علاقة له بما ادعته من عجز زوجها عن الوطء وتضررها بذلك، مما يبطل الاستدلال بهذا الحديث لطرو الاحتمال إليه.

ثم إن القول بأن الوطء هو حق الزوج، فله تركه، ولا يجب عليه أبداً، ولا إثم عليه بتركه، فيه إضرار بالمرأة، وإخلال بالنكاح الذي شرع لمصلحة الزوجين ولدفع الضرر عنهما بما يحققه من عفاف بدفع ضرر الشهوة عن الرجل والمرأة، فإذا امتنع الزوج عن الوطء، وقلنا: ليس للمرأة أن تطالب به؛ لأنه حق له، فقد اختل بذلك المقصود من عقد الزواج القائم على الرجل والمرأة بآن معاً، لذلك: فإن المصلحة في دفع ضرر الشهوة تشهد للقول بأن الوطء هو حق مشترك للزوج والزوجة بآن معاً.

وهذا ما رجحه ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عندما قال تعليقاً على القول بأن الجماع بعد المرة الأولى حقه لا حقها: «قلت: فيه نظر، بل حقه وحقها؛ لما علمت أنه واجب ديانة»[(٣)].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، حديث: ٥٢٦٠، وينظر: فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٤٥٢.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب اللباس، باب الثياب الخضر، حديث: ٥٨٢٥، وينظر: فتح الباري لابن حجر: ١٠/ ٣٤٦.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٠٢.

ويلاحظ على قولهم أيضاً بأن الجماع واجب لها مرة واحدة فقط: أنه قول بلا دليل، وقد وجهه ابن عابدين بأن هذه المرة الأولى حددت لأجل انتفاء العُنَّة[١] والتفريق بها، وإلا فلها الحق في الوطء بعدها[٢].

وفضلاً عن ذلك كله، فإن عبارات الفقهاء القائلين بأنه حق للزوج تدل على إقرارهم بحق المرأة في الوطء، ومن أمثلة ذلك:

ما جاء في البدائع: «للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء؛ لأن حله لها حقها، كما أن حلها له حقه»[٣].

كما يقول أيضاً في معرض حديثه عن الظهار بأن المرأة إذا طالبت بالوطء «فعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ؛ لأنه بالتحريم بالظهار أَضَرَّ بها، حيث منعها حقها بالوطء مع قيام الملك، فكان لها المطالبة بإيفاء حقها، ودفع التضرر عنها بإزالة الحرمة بالكفارة، فيجب عليه ذلك، ويجبر عليه لو امتنع»[٤].

أما صاحب تحفة الفقهاء فيقول: «وفي الوطء حق المرأة، فصار الزوج بامتناعه عن وطئها ظالماً؛ لمنع حقها المستحق»[٥].

وغير هذه العبارات كثير، مما يدل على ثبوت حق الجماع للمرأة، وتمكينها من المطالبة به إن امتنع عنه لغير عذر مقبول.

---

(١) العنة: هي صفة العنين، وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء لضعف آلة أو صغرها، ينظر: طلبة الطلبة للنسفي، كتاب النكاح، مادة: عنن. المغرب للمطرزي، مادة عنن. المصباح المنير للفيومي، مادة: عنن، لسان العرب لابن منظور، مادة: عنن.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٧٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٣١. وينظر: الدر المختار للحصكفي: ٣/ ٤٦٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٣٤.

(٥) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ٢٠٥ ـ ٢٠٨.

ويشهد لذلك أنه إذا حلف على ترك حقها من الجماع، كان مولياً حتى تصل إلى حقها من الفرقة، أو الفيئة؛ إذ ليس للزوج إلا الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان، لذا حرم الإيلاء منها، ويفرق بينهما بمضي مدته إذا لم يقربها، وكذلك الأمر في الظهار؛ لأنه بمنعه حقها من الوطء وظهاره لها، لم يحقق الإمساك بالمعروف، فيطالب بالعودة إليها، بل ويضرب عند الامتناع عن ذلك[١].

أدلة القولين في حكم التفريق بين الزوجين للتضرر بغياب الزوج:

١ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز التفريق بسبب الغياب إذا ترك لها نفقة بما يأتي:

أ ـ إن الوطء حق للزوج، وليس واجباً عليه، فله تركه متى شاء، وليس لها المطالبة به[٢]، وهذا هو الدليل الأقوى عندهم.

ب ـ استدل ابن حزم لهذا القول بعدم وجود دليل من القرآن أو السنة يدل على جواز التفريق للضرر بسبب الغياب.

يقول ابن حزم: «ولا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره»[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٧٨.

(٢) الهداية للمرغيناني: ٣/ ٢٤١. حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٨٧. فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٨٥.

(٣) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٢٧.

ج ـ القياس على زوجة العِنِّين، حيث قالوا: إن زوجة العنين إذا دخل بها زوجها، أو أصابها ولو مرة واحدة، فقد وفَّاها حقها في المباشرة، فإذا أصيب بهذا المرض بعد أن أصابه لم يفرق بينهما، فكذلك الغائب لا يفسخ نكاحه بسبب غيبته إذا كان أصابها مرة؛ لأنه يقوم بالإنفاق عليها، ولم يفت عليها إلا حق الوطء، وهو حقه لا حقها قضاءً[1]، وما دام استمرار الوطء ليس واجباً على الزوج، فلا يعد ظالماً بالامتناع عنه بسبب سفره وبعده عن زوجته.

بل يرى الظاهرية أنه ليس للحاكم ولا لغيره أن يفرق بين العنين وزوجته، سواء أصابها مرة أم مرات، أم لم يطأها قط، فهي امرأته، إن شاء طلقها وإن شاء أمسك[2]، وكذلك زوجة الغائب.

٢ ـ أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز التفريق بما يأتي:

أ ـ إن الوطء حق للزوج والزوجة بآن معاً، وهذا يترتب عليه إعطاؤها الحق بالمطالبة به[3].

ب ـ استدل الحنابلة لقولهم بعدم جواز التفريق ـ إلا إذا كانت الغيبة دون عذر ـ بالقياس على زوجة المفقود بجامع الغيبة[4]، فقاسوا زوجة الغائب المعلوم مكانه على زوجة المفقود، فكما أن نكاح المفقود لا يفسخ؛ لأن غيابه يعد

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٩٥. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٤٣٥. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٤٢.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٠٢.

(٣) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٩٥.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٧ ـ ١٩٨.

عذراً مانعاً من الفسخ، فكذا نكاح الغائب لا يفسخ إن كان غيابه لعذر، وإن طال هذا الغياب.

يقول صاحب كشاف القناع: «ولو سافر عنها لعذر وحاجة سقط حقها في الوطء والقسم، بدليل أنه لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، أو وجد له مال ينفق عليها منه»(١).

ج ـ القياس على المولي(٢)، فإذا كانت غيبة الزوج دون عذر، وتأخر في عودته إلى زوجته أكثر من ستة أشهر عند الحنابلة، أو سنة فأكثر عند المالكية، وخشيت الزوجة على نفسها الفتنة، وطلبت قدومه، ورفض ذلك دون عذر، فإنه يصبح في حكم المولي(٣) الذي يمتنع عن وطء زوجته بقصد الإضرار، فيفرق الحاكم في هذه الحالة بعد مراسلته؛ لأنه ترك واجباً عليه تضررت به زوجته.

والقياس على المولي هنا بجامع الضرر، فالإيلاء فيه إضرار بالزوجة بإنقاص حقها في الوطء أو حرمانها منه، وكذلك الغياب دون عذر فيه إضرار بها للسبب ذاته أيضاً.

د ـ القياس على التفريق بسبب عدم النفقة، إذا ثبت الطلاق بسبب إعسار الغائب، فإن الطلاق بسبب خشيتها الزنى أولى؛ لأن ضرر ترك الوطء أشد

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢ ـ ١٩٣. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٣) إذا ترك الزوج الوطء لزمه حكم الإيلاء عند الإمام مالك إذا قصد الإضرار بترك الوطء، وإن لم يحلف على ذلك. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٦٥. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٧٦.

من ضرر عدم النفقة، ذلك أن إسقاط النفقة يلزمها، أما إن أسقطت حقها في الوطء فإن لها الرجوع فيه، إضافة إلى أن النفقة يمكن تحصيلها باستدانة أو نحوها خلافاً للوطء(١).

هـ- استدل المالكية لقولهم: بأن عمر بن عبد العزيز كتب لقوم غابوا بخراسان إما أن يقدموا، أو يرحل نساؤهم إليهم، أو يطلقوا، فإن لم يطلقوا طلق عليهم إلا أن ترضى النساء بعدمه(٢).

المناقشة والرأي المختار:

من خلال استعراض أدلة الفريقين يلاحظ أن أغلبها يدور حول حق الوطء والخلاف بين الفقهاء فيه، لذلك فإن الاختلاف في الوطء: هل هو حق للرجل وليس واجباً عليه، أم أنه حق مشترك لهما معاً، يرد هنا تماماً، ويجعل حق الوطء حجة في جواز التفريق.

أما قول ابن حزم بعدم وجود قرآن أو سنة تدل على جواز التفريق لغيبة الزوج، فيجاب عنه بأن القول بالتفريق للغياب ليس خروجاً عن كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، بل هو قول في ظل كتاب الله وهدي رسوله الكريم؛ لأن القول بالتفريق فيه رفع للضرر الواقع على الزوجة بسبب تغيب زوجها دون عذر، والضرر والإضرار منهي عنه بحديث رسول الله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**(٣).

---

(١) منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٩٤. فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ١٢.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمحاضرة: ٢/ ٥٨. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. إلا أن الذهبي سكت عنه. وهو عند الطبراني في المعجم الكبير، رقم: ١٣٨٥، وفي الأوسط، رقم: ٢٦٨. وأورده الهيثمي في مجمع =

ويجاب أيضاً عن قياسهم زوجةَ الغائب على زوجة العِنِّين أو المجبوب: بأن الجب والعنة عذران لا يمكن رفعهما، وليس للإنسان فيهما اختيار، وهو أمر واقع، بخلاف الغيبة؛ فإن الغائب بمقدوره العودة، أو حمل زوجته إليه، فقياسهم ما يمكن رفعه على المتعذر رفعه غير صحيح.

والقول الذي أميل إلى اختياره هو عدم جواز التفريق بسبب الضرر المترتب على الغيبة، إن كانت الغيبة لعذر، ولم يقصد بها الإضرار؛ لأن حال الزوج الغائب لعذر مقبول لا يقل أبداً عن حال الزوج الحاضر المريض العاجز عن الوطء، ولم يقل بالتفريق بسبب العجز عن الوطء أحد، أما إن كانت الغيبة لغير عذر، أو بقصد تعمد الإضرار بزوجته، فالقول المختار أن يفرق الحاكم لهذه العلة، ويجب على الحاكم والحالة هذه أن يدرس القضية بعناية، وأن يبحث في أسباب الغياب، فإن كان غيابه لعذر مقبول لم يفسخ، أما إن كان غياب الزوج لعذر غير مقبول، أو رأى أمارة تدل على أنه يتعمد بغيابه الإضرار بزوجته، فهنا ينبغي عليه أن يفسخ زواجه بعد أن يُعْلِمَه بوجوب عودته فيمتنع، ويُعَدُّ امتناعه عن الرجوع دليلاً على تعمد الإضرار بالزوجة، ليتحقق بذلك معنى الإيلاء ومضمونه، وإن لم تتحقق صورته.

ويؤيد هذا الاختيار الأمور الآتية:

١ ـ إن الزواج شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل، وغياب الرجل

= الزوائد، كتاب البيوع، باب لا ضرر ولا ضرار: ٤/ ١١٠، وقال: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه ابن إسحاق، وهو ثقة، لكنه مدلس».

يخل بهذه المصلحة ويضر بالزوجة مما يمنحها حق المطالبة بعودة زوجها أو التفريق.

٢ - إن قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[النساء: ١٩] فيه أمر للأزواج بمباشرة نسائهم بالمعروف، والغياب عن الزوجة بلا عذر ليس من المعاشرة بالمعروف، بل يمنع تحقيق المعاشرة أصلاً.

وكذلك، فإن قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة: ٢٢٩] يشهد لذلك أيضاً، فأين الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان من رجل غاب عن امرأته دون عذر، وتركها تتضرر وتعاني الوحشة والوحدة طيلة مدة غيابه؟ ولا شك أن فعله هذا يخل بمقصود الزواج من كونه سكناً، وعلاقةً مبنية على المودة والرحمة.

٣ - وجوب رفع الضرر، فلا يجوز للإنسان أن يضر بنفسه أو بغيره، لقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**، وهذا ما جاء في القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»[(١)]، فإذا غاب الزوج عن زوجته دون عذر كان إضراراً بها في حال خشيتها الفتنة على نفسها، فينبغي أن يرفع الضرر، إما بعودة الزوج، أو بالتفريق بينهما.

٤ - إن القول بجواز التفريق فيه حفاظ على العفة والطهارة في المجتمع المسلم، ويؤثر في منع انتشار الرذيلة فيه بإغلاق كل طريق أمامها؛ لأن الزوجة الشابة إذا خشيت الفتنة على نفسها، وكانت مدة الغياب طويلة لغير عذر، ولم يفرق القاضي بينهما، فقد يدفعها عدمُ التفريق والشهوةُ المتأججة بين أضلعها إلى الانحراف، وإشباع رغباتها بطرق غير مشروعة.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٤. وينظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: ٢/ ٩٩٢.

وهذا ما دفع الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما سمع أنات زوجة أضناها طول الغياب إلى أن يأمر بقطع غيبة المجاهدين في سبيل الله للعودة إلى زوجاتهم كل ستة أشهر[١].

شروط التفريق للضرر بسبب الغياب:

اشترط القائلون بجواز التفريق لتغيب الزوج عن زوجته عدة شروط ينبغي توافرها ليحكم للزوجة بالتفريق.

وقد اتفق المالكية والحنابلة في بعض الشروط، واختلفوا في بعضها الآخر، وفيما يأتي بيانها:

١ ـ أن تكون الغيبة طويلة:

اتفق المالكية والحنابلة[٢] على أن مدة الغيبة التي يفرق لأجلها يجب أن تكون طويلة، ولا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب الغياب إلا بعد مضي مدة معينة اختلفوا في تحديدها ما بين ستة أشهر وثلاثة أعوام، وفيما يأتي بيان أقوال الفقهاء في هذا الشرط:

أ ـ **المالكية:** اختلفت الأقوال عندهم في تحديد هذه المدة على قولين[٣]:

ـ **الأول:** إن المدة يجب أن لا تقل عن سنة، وهو القول الراجح والمعتمد عندهم.

ـ **الثاني:** إن المدة يجب أن تكون ثلاث سنين فأكثر.

---

(١) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٢٦٧.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٩٤.

واستدل المالكية لقولهم المعتمد بالقياس على العنين الذي لم يصب امرأته، فزوجة العنين تنتظر سنة، وكذلك زوجة من كان غائباً بمكان معلوم.

ب ـ **الحنابلة**(١): حدد الحنابلة المدة التي يجوز فيها التفريق للغياب بستة أشهر.

واستدلوا لذلك بالأثر الوارد عن زيد بن أسلم(٢): «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بينما كان يحرس المدينة، فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

إمـامٌ يـروقُ المقتفـي منـه مـوردٌ ... نعم ويروعُ المعتدي منـه مصـدَرُ
تصومُ سلاطينُ الورى عن كمالِـهِ ... وأكبـادُهم عـن الصـيام تُفطـر(٣)
ويستقبلُ الأَعْدا بماضـي حُسـامِه ... فكمْ منهمُ في الحال قد بادَ عسكرُ
لـه راحـةٌ قـد أتعبـتْ كـلَّ بـاذلٍ ... وأضحَتْ على مدِّ المنائح تُقْصِـرُ
إذا انبسـطَتْ منـه لإعطـاءٍ نائـلٍ ... يمـينٌ فثـقْ أن اليسـارَ مُيَسَّـرُ
به جُزُراتُ الهنـدِ قـد عَـزَّ شـأنُها ... فمقـدارُها يعلـو ويغلـو ويَفْخَـرُ

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٨ ـ ١٩٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٢٦٧. كشف المخدرات والرياض المزهرات للبعلي: ٢/ ١١٦.

(٢) **زيد بن أسلم**: هو الإمام الحجة القدوة، أبو عبدالله العدوي العمري المدني الفقيه، حدث عن والده أسلم مولى عمر، وعن عبدالله بن عمر، وخلق، وكان له حلقة للعلم في مسجد رسول الله ﷺ، قال أبو حازم الأعرج: لقد رأيتنا في مجلس زيد بن أسلم أربعين فقيهاً، توفي في سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ٣١٦. الجرح والتعديل للرازي: ٢/ ٥٨١.

(٣) كذا في الأصل، وهو غير موزون، فليتأمل!

تطــاولَ هــذا الليــل وأســوَدَّ جانبــهُ وأرّقَــــني أن لا خليــــلَ ألاعبـــهُ.
وَ واللهِ لـــــولا خشـــــيةُ الله وحــــدَه لحــرِّكَ مــن هــذا السَّــريرِ جوانبــهُ.

فسأل عنها عمر، فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله، ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية، كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فَوَقَّتَ للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهراً راجعين»[(١)].

وجه الاستدلال بهذا الأثر: أن الضرر يتحقق بالزيادة على ستة أشهر، وهو أقصى مدة تستطيع المرأة تحمل الانتظار فيها، فإذا زادت مدة الغياب عن ستة أشهر جاز للمرأة طلب التفريق لرفع الضرر.

ويمكن أن يناقش استدلالهم بهذا الأثر، بأن أمر عمر رضي الله عنه برجوع المجاهد خلال ستة أشهر لا يلزم عنه الأمر بالتفريق لو زاد في غيبته عن ذلك.

ثم إن هذا الأثر ورد بصيغة أخرى في بعض كتب المالكية حيث ذكرت أن

---

(١) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٢٦٧.

وحفصة: هي أم المؤمنين، بنت أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، تزوجها النبي ﷺ بعد انقضاء عدتها من خنيس بن حذافة السهمي أحد المهاجرين في سنة ٣هـ، ورُوي أن مولدها كان قبل المبعث بخمس سنين فعلى هذا يكون دخول النبي ﷺ بها ولها نحو من عشرين سنة، روت عنه عدة أحاديث، توفيت حفصة سنة إحدى وأربعين عام الجماعة، وقيل توفيت سنة خمس وأربعين بالمدينة. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/ ٢٢٧. رجال مسلم للأصبهاني: ٢/ ٤١٤.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقَّتَ للناس في مغازيهم أربعة أشهر[١]، واعترضوا على ذلك بأن هذه المدة إنما تضرب للمولي لا للغائب.

وتحديد الحنابلة المدة بأربعة أشهر وردت عندهم في الرجل الذي يتزوج امرأة دون أن يدخل بها؛ فإن الإمام أحمد وقت له بأربعة أشهر، فإن دخل بها، وإلا فرق بينهما، وهذه الرواية فيها نظر عند الحنابلة، وقالوا بأن أكثر العلماء عندهم ذهبوا إلى عدم التفريق[٢].

فاستدلال الحنابلة بهذا الأثر لا يسلم لهم؛ لوروده بروايات مختلفة حدد بعضُها المدة بستة أشهر، وأخرى حددتها بأربعة أشهر، والأثر خال عن الحديث عن التفريق بسبب الغياب، ولا دلالة فيه عليه.

ثم كيف يستدل الحنابلة بهذا الأثر وقد ذهبوا إلى القول بأن من سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها في الوطء وإن طال سفره[٣]، فإن هذا الأثر يدل على أن الغياب كان لعذر وهو الجهاد في سبيل الله! فلا يستدل به إذاً في تحديد مدة غيابٍ دون عذر.

والأولى في تحديد مدة الغياب أن تحدد بسنة إن لم يكن ثمة عذر، قياساً على المدة الممنوحة للعنين.

٢ ـ أن تخاف الزوجة الوقوع في الفاحشة:

اشترط المالكية لإيقاع الطلاق للضرر بسبب الغيبة أن تخشى المرأة على نفسها الفتنة والوقوع في الزنا؛ لتغيب الزوج عنها، وتضررها بمنعها حق المباشرة.

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٤/ ١٥٥.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٢.

أما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها، وتحديد ذلك يعود إليها، وتصدق في ادعائها؛ لأنها أعلم بنفسها[١].

ولم يصرح الحنابلة بهذا الشرط، إلا أن الأثر الوارد عن عمر رضي الله عنه - وهو دليلهم في المذهب - يدل على اشتراطهم له ضمناً، وإن لم ينصوا عليه صراحة.

٣ - إنذار الزوج:

اشترط المالكية[٢] والحنابلة[٣]؛ لإيقاع التفريق علمَ الزوج بالقضية إن أمكن، فلا يجوز أن يفرق الحاكم بينه وبين زوجته بسبب الغياب إلا بعد أن يرسل الحاكم إليه - إن عرف مكانه وأمكن الوصول إليه - طالباً عودته، أو نقلها إليه، أو أن يطلقها، فإن أبى أياً من ذلك، حكم القاضي بالتفريق.

واستثنى الحنابلة من ذلك أن يتقدم الغائب بعذر مقبول يحول بينه وبين عودته، فلا يفسخ الحاكم الزواج حينئذٍ[٤] خلافاً للمالكية.

٤ - أن يكون غياب الزوج لغير عذر مقبول:

انفرد الحنابلة باشتراط ذلك، فإن كان غيابه لعذر، كطلب رزق محتاج إليه، أو لتحصيل العلم، أو بسبب الجهاد، لم يفسخ عليه؛ لأن صاحب العذر يعذر[٥].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ٢٣١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٩٤. فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ١٣.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣.

(٥) المرجع السابق.

٥ ـ أن تطلب الزوجة التفريق:

فلا يقع التفريق بسبب الغياب إلا بناءً على طلبها؛ لتدفع به الضرر الواقع عليها؛ لأنها صاحبة الحق بذلك[١].

نوع الفرقة للغيبة وصاحب الحق فيها:

اتفق المالكية والحنابلة على أن التفريق بين الزوجين للضرر بسبب الغياب لا يتم إلا بحكم قضائي؛ لأن هذه المسألة مختلف فيها[٢].

إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه الفرقة الحاصلة ما بين فسخ أو طلاق؛ وفيما يأتي بيان ذلك:

القواعد العامة في المذهب المالكي تشير إلى أنها طلاق بائن، وقاعدة المذهب في هذه المسألة تقول: إن كل طلاق أوقعه الحاكم فهو طلاق بائن، إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فهما رجعيان[٣].

وقد ضرب بعض المالكية مثالاً لما هو بائن، فذكر أن كل طلاق أوقعه السلطان فهو طلقة بائنة كالمطلق عنه بالضرر[٤]، فيقاس عليه من طلق عليه للغيبة؛ لأنها نوع ضرر، ودليل المالكية على أن هذه الفرقة طلاق لا فسخ: أنها جاءت بعد نكاح صحيح، ولم يثبت بها حرمة مؤبدة عندهم.

---

(١) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ٢٣١. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٦٣. مجموعة رسائل وفتاوى ابن تيمية: ٣٠/ ٥٨.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. الثمر الداني للأبي: ٢/ ٢٦٣. كفاية الطالب لأبي حسن المنوفي: ٢/ ١٢١. حاشية الصاوي: ٢/ ٤٧٦.

(٤) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٢٧٩.

ورأى الحنابلة أن الفرقة فسخ وليست طلاقاً؛ لأن التفريق لم يكن بعبارة الزوج، ولم بجعله إلى غيره بإرادته، فليس له أي اختيار فيه؛ لأن القاضي هو الذي أوقع هذه الفرقة، أو جعل حق إيقاعها للزوجة بأمره[1].

وتظهر ثمرة الخلاف بين المالكية والحنابلة في تحديد نوع الفرقة هذه: في احتساب التطليقات وإمكانية المراجعة، وذلك كالآتي:

يبنى على قول المالكية: إن هذا التفريق طلاق بائن: أن تحتسب طلقة عليه، فإن كان زوجها سبق أن طلقها أضيفت هذه الطلقة إلى ما سبقها، فإن سبق له اثنتان كانت هذه مكملة الثلاث فإذا عاد وأراد مراجعتها، فلا يحل له ذلك حتى تنكح زوجاً غيره، أما إن لم يسبق له طلاق، أو طلقها واحدة، فيمكنه مراجعتها بعقد ومهر جديدين.

أما على قول الحنابلة بأن التفريق فسخ، فيبنى عليه عدم حساب التطليقة، والقاعدة عندهم: أن فسخ الحاكم تفريق لا رجعة فيه، وكذلك فسخها بأمره، كالفسخ للعنة[2].

فالفسخ لا يُنْقِص عدد الطلاق، ولا تحل له إلا بعقد جديد[3].

والقول الذي أميل إلى اختياره هو ما ذهب إليه الحنابلة بأنه فسخ لا طلاق؛ لأنه أقرب إلى روح التشريع الإسلامي ومقاصده في تحقيق المصالح، ورفع الحرج عن الزوج والزوجة بآن واحد، فإذا عاد الزوج بعد الحكم بالتفريق، وأراد العودة إلى زوجته، فيمكنه ذلك بعقد ومهر جديدين، وإن سبق

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٩٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٧. مطالب أولي االنهى للرحيباني: ٥/ ٦٤٩.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٣٦٨.

له طلاقها مرتين؛ لأن الفرقة لا تحتسب تطليقة، وفي هذا محافظة على بقاء الحياة الزوجية واستمرارها.

ثم إن القول بأنها فسخ وليست طلاقاً هو الأقرب إلى الحقيقة؛ لأن هذا التفريق لم يكن برغبة الزوج أو نيته، ولا إرادة له فيه، كما أنه لم يفوض أحداً بإيقاعه.

أما صاحب الحق في هذه الفرقة فهي المرأة وحدها؛ لأن هذه الفرقة ثبتت لرفع الضرر عنها، فكان لها المطالبة بهذا الحق، كما أن لها التنازل واختيار البقاء على الزوجية، فإن اختارت البقاء فليس لأحد إجبارها على الفرقة.

ب ـ التفريق للغيبة في القانون:

أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري لعام ١٩٢٩م برأي المالكية والحنابلة، ونص على جواز التفريق للغيبة، فقد جاء في المادة /١٢/ من هذا القانون ما يأتي:

«إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان لها مال تستطيع الإنفاق منه»[1].

فقد بينت هذه المادة أن التفريق للغياب جائز إذا لم يكن للغائب عذر مقبول، وهذا مستقى من الفقه الحنبلي، أما تحديده مدة الغياب بعام فأكثر، وكذلك تحديده نوع هذه الفرقة بأنها طلقة بائنة، فقد استقاه من الفقه المالكي.

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٦٨. وينظر المادة /١٠٤/ من قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري.

ولم يُطْلِق هذا القانون جواز ذلك في مختلف الأحوال، إنما وضع بعض الشروط لإيقاع تلك الفرقة، ونص عليها في المادة /١٣/، وقد جاء فيها:

«إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي له أجلاً، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة.

وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب ممكناً طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل»(١).

وقد لاحظت أن كثيراً من شرَّاح قانون الأحوال الشخصية المصري أشاروا إلى أن مصدر القانون في هذه المسألة هو مذهب الإمام مالك فقط، وهذا الكلام يجانب الدقة، فبعض هذه الشروط مأخوذة من المذهب الحنبلي أيضاً، ذلك أن المذهب المالكي لم يميز بين غيبة بعذر وأخرى بغير عذر(٢)، خلافاً للمذهب الحنبلي الذي منع التفريق في حال غياب الزوج لعذر مقبول(٣).

أما قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد نص على التفريق للغيبة والسجن بآن واحد في المادة /١٠٩/ والتي نصت على ما يأتي:

«١ ـ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

(١) أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية لعمر عبدالله: ٤٣١ ـ ٤٣٢. أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٦٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٤٣١.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣.

٢ ـ هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب، أو أطلق السجين والمرأة في العدة، حق له مراجعتها»[١].

وتدل هذه المادة على أن القانون اختار القول بجواز التفريق للغياب، واشترط للحكم بذلك الشروط الآتية:

- أن يكون الغياب دون عذر مقبول، فإن كان لعذر مقبول فليس لها الحق في طلب التفريق.
- أن تمضي سنة فأكثر على غياب الزوج أو حبسه، وأن تتقدم الزوجة بطلب التفريق بعد مضي تلك المدة.
- اشترط القانون لمراجعة الزوجة: أن يعود الغائب، وأن يتم الإفراج عن السجين والمرأة في عدتها، وقد ساوى القانون في هذه المادة بين الغائب لغير عذر والسجين الذي حكم لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، وجعل حكمهما واحداً.

يلاحظ على هذا القانون ما يأتي:

أ ـ نصت المذكرة الإيضاحية على أن القانون أخذ في مسألة التفريق للغياب بمذهب مالك[٢]؛ لأنه ليس في مذهب الحنفية ما يعالج ذلك، وهذا كلام غير دقيق؛ فقد لفق القانون في هذه المادة بين المذهبين المالكي والحنبلي، فأخذ بقول الحنابلة عندما أعطى الزوجة الحق في التفريق إذا كان غياب الزوج لعذر غير مقبول، وأخذ بمذهب المالكية في تحديده المدة.

---

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٤٨٠. المرجع في قانون الأحوال الشخصية السوري للداغستاني: ١/ ٣٠٠. الزواج والطلاق وآثارهما لهمج: ١٢٣.

(٢) قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢٥.

ب - يؤخذ على هذا القانون أنه اشترط لإيقاع الفرقة عدم وجود عذر مقبول، وناقض ذلك عندما أدخل فيه التفريق إذا حكم على الزوج بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، وهذا عذر مقبول في المذهب الحنبلي الذي استمد القانون منه هذا الشرط، ويبدو أن القانون عد الغياب بسبب عقوبة السجن عذراً غير مقبول، أو لجأ في مسألة السجين إلى المذهب المالكي الذي لم يشترط لإيقاع الفرقة بسبب الغيبة وجود عذر، واكتفى بتضرر المرأة فقط، فكان الأولى بهذا القانون أن يخص السجين بمادة خاصة مستقلة، وأن يبين مأخذه فيها؛ تجنباً لأي تناقض.

ج - نص القانون على أن التفريق للغيبة يعد طلاقاً رجعياً[1]، مخالفاً بذلك ما جاء عند المالكية في أنه طلاق بائن، وما ورد عند الحنابلة في كونه فسخاً.

وقد يكون مرجع القانون في هذا، مستفاداً من صنيع الدسوقي[2] - رحمه الله - الذي أورد الفرقة للغيبة في ثنايا بحثه للإيلاء، والفرقة للإيلاء طلاق رجعي عند المالكية، فاحتمل أن يكون التفريق للغياب رجعياً مثله، إلا أن هذا الاحتمال بعيد، فقواعد المالكية صريحة في بيان ما هو بائن ورجعي، فكل طلاق أوقعه الحاكم يعد طلاقاً بائناً إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة، فهما رجعيان[3]، والتفريق للغياب يدخل في عموم هذه القاعدة.

---

(١) أخذ القانون المصري بقول المالكية في تحديد نوع الفرقة، فعدها طلاقاً بائناً، خلافاً للقانون السوري. ينظر المادة /١٢/ من القانون المصري لعام ١٩٢٩.

(٢) **الدسوقي**: (ت ١٢٣٠هـ = ١٨١٥م)، هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المالكي من علماء العربية، من أهل دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، كان من مدرسي الأزهر، من كتبه: الحدود الفقهية، والحاشية على الشرح الكبير. الأعلام للزركلي: ٦/ ١٧.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. الثمر الداني شرح رسالة القيرواني للأبي: ٢/ ٢٦٣.

وكان الأولى بالقانون السوري أن يعدَّه إما طلاقاً بائناً أو فسخاً، خاصة وأنه حكم بالتفريق للغيبة إن لم يكن للغائب عذر مقبول في غيابه، والغياب غير المبرر يدل على نية الزوج الإضرار بزوجته، وهذا يظهر بشكل أوضح من خلال إنذاره بالعودة قبل التفريق وعدم استجابته لذلك.

ثم إن القول بأن هذا التفريق يعد طلقة رجعية يفتح باباً للزوج للإضرار بالمرأة من جديد؛ ذلك أن الغائب قد يعود بعد الحكم بالفرقة وزوجتُه في العِدة، ويراجِعُها ثم يغيب ثانية، والأقرب إلى الصواب فيما أراه أن تعد هذه الفرقة فسخاً أو طلاقاً بائناً؛ لاستناد ذلك إلى مذهب الحنابلة أو المالكية والقانون إنما أخذ الحكم منهما، وبذلك يكون الحكم أثر انسجاماً وتماسكاً؛ ولما فيه من زجر وعقوبة؛ لأن غيابه غير المبرر يظهر قصد الإضرار عنده.

ثانياً ـ التفريق لحبس الزوج في الفقه الإسلامي والقانون:

إذا غاب الزوج عن زوجته بسبب عقوبة الحبس مدة معينة، وترك لزوجته مالاً تنفق منه، فهل يحق لزوجته أن تطلب التفريق لتضررها من هذا الغياب؟

هذه المسألة فرع عن مسألة التفريق للغيبة، فيجب إلحاقها بها؛ لأن علة التفريق للغياب هي العلة ذاتها في الحبس، فالمرأة متضررة من حبس زوجها كما لو أنه غائب عنها، بل هو غائب عنها حقيقة، وإن كانت تستطيع زيارته وراء القضبان بين الفينة والأخرى، إضافة إلى أن السجين في غالب الأحيان لا يكون في البلد الذي تقيم فيه زوجته.

وبناءً على ذلك يمكن أن يخلص إلى أن حكم التفريق للحبس فيه قولان:

الأول: وهو قول الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم جواز التفريق بين السجين وزوجته مطلقاً مهما طالت مدة حبسه، وإن لم يتبين مكان سجنه، وهذا

مقتضى القول بعدم التفريق للغيبة عند الحنفية[١] والشافعية[٢]، ولا فرق عندهم بين غياب قريب أو بعيد، بسبب سجن أو غيره، طالما أنه يحقق ماهية الغياب.

أما الحنابلة فقد صرَّحوا بعدم الفسخ للحبس؛ لأن الغيبة بسبب الحبس تعد عذراً في ترك الجماع[٣]، مما يجعله غير واجب في هذه الحالة، ولم يقولوا بفسخ زواج السجين إلا إذا تعذر إنفاقه عليها، وما خلا ذلك فقد نقل صاحب الإنصاف عدم جواز الفسخ[٤].

القول الثاني: وهو لبعض الحنابلة[٥]، وهو مقتضى نصوص المالكية[٦] في التفريق بين الغائب وزوجته، وذهبوا فيه إلى جواز التفريق على المحبوس إذا تضررت زوجته من حبسه.

ومبنى هذا الحكم عند ابن تيمية[٧] ـ رحمه الله ـ: أن حصول الضرر للزوجة بترك الوطء يقتضي الفسخ بكل حال، سواء أكان تركه للوطء بقصد أم بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه، كالنفقة[٨]، وأدخل في ذلك امرأة الأسير

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤ ـ ٤٩.

(٢) الأم للشافعي: ٨/ ٣٣٠.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٣٥٤.

(٤) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٣٥٤.

(٥) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٣٥٤. الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣.

(٦) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١.

(٧) **ابن تيمية**: (٦٦١ ـ ٧٢٨هـ)، هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين ابن تيمية، الإمام، شيخ الإسلام، ولد في حران ومات معتقلاً، تزيد تصانيفه على أربعة آلاف كراسة، منها: الفتاوى ومنهاج السنة. الأعلام: ١/ ١٤٤.

(٨) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣.

والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته لتضررها، وهذا يوافق ما نقل عن ابن عقيل[١]من الحنابلة أيضاً في قول مخرَّج عنه، بأن للزوجة فسخ الزواج لغيبة زوجها المضرة بها، ولو لم يكن مفقوداً[٢].

فقد نظر ابن عقيل إلى الضرر الواقع بالزوجة، ولم يجعل أي أثر لقصد الزوج بترك الوطء إذ لا عبرة عنده بالقصد في حق الآدمي، فيدخل في هذا القول حالة التفريق للحبس، إذا تضررت الزوجة من سجنه الذي يعد بحكم الغياب.

أما المالكية، فليس ثمة نص صريح في حكم القاضي بالتفريق بين المحبوس وزوجته إن طالبت بذلك، إنما غاية ما في المذهب من نصوص يمكن إلحاق هذه المسألة بها، هي تلك الخاصة بالتفريق للغيبة إذا تضررت الزوجة منها ولو لم يقصد الضرر، وسواء أكان غيابه لعذر أم دون عذر[٣]، وهذا ينطبق على زوجة المحبوس الذي حكم عليه بالسجن لمدة تتجاوز السنة؛ ذلك أن زوجة المحبوس لعام فأكثر كزوجة الغائب، زوجها بعيد عنها، وتتضرر بسجنه كالغائب تماماً، فاقتضى هذا جواز التفريق للحبس إذا تضررت المرأة وطالبت بالتفريق بعد مضي سنة.

---

(١) **ابن عقيل**: (٤٣٢ ـ ٥١٣هـ)، هو علي بن محمد بن عقيل، أبو الوفاء، الفقيه، البغدادي، قاضي القضاة، الإمام، العلامة، البحر، شيخ الحنابلة، المتكلم، صاحب التصانيف، كان يسكن الظفرية ومسجده بها مشهور، له كتاب الفنون في أزيد من أربع مئة مجلداً إلا أنه خالف السلف ووافق المعتزلة في عدة بدع. طبقات الحنابلة لابن الفراء: ٢/ ٢٥٩. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٩/ ٤٤٣. لسان الميزان: ٤/ ٢٤٣.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٣٥٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٤٣١.

وقد نص الشيعة الجعفرية على أن للحاكم أن يفرق بين المحبوس وزوجته، ولكنهم اشترطوا عدم إمكان الإفراج عن المحبوس[١].

وخلاصة القول في السجين: إنه يأخذ حكم الغائب؛ لاشتراكهما في الابتعاد عن الزوجة مما يضر بها، ولكن إذا تمكن الزوج من الاتصال بزوجته داخل الحبس، وزال بذلك الضرر الذي طالبت بالتفريق لأجله، فهل يستمر حقها بطلب الفرقة؟

مما تقدم يظهر أن التفريق كان لعلة الضرر، فإذا زال انتفت علة الحكم، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإذا تمكن السجين من مباشرة زوجته زال الضرر عن الزوجة، ولم يكن ثمة ما يوجب التفريق.

أما التفريق للحبس في القانون، فلم يفرق القانون السوري بين الغياب والحبس، فقد أعطى المحكوم بالسجن مدة تتجاوز ثلاث سنوات، كحكم الزوج الغائب دون عذر، وأعطى زوجته الحق في طلب التفريق بعد مضي سنة من الغياب[٢]، وهذا التفريق يعد طلاقاً رجعياً، فإذا أُفرج عن السجين وامرأته في العدة كان له مراجعتها.

وقد اعتمد القانون في مسألة التفريق للحبس على مسألة التفريق للغياب في المذهب المالكي، الذي أجاز هذا التفريق، واشترط أن تكون مدة الغيبة طويلة، وقد أخذ القانون بالقول المعتمد عند المالكية في اشتراط مضي سنة للتفريق، وأخذ بالقول المرجوح في هذا المذهب عندما اشترط أن يُحكم الزوج

(١) الفقه على المذاهب الخمسة لمغنية: ٤٥٢ ـ ٤٥٣.

(٢) هذا ما جاء في المادة /١٠٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري. المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٤٨٠.

بعقوبة السجن مدة تتجاوز ثلاث سنوات، وتعليل أصحاب هذا القول من المالكية: أن السنتين والثلاثة ليست بمدة طويلة، بل لا بد من الزيادة عليها[1].

وهذا يزيل الاعتراض الوارد على اشتراط القانون بأن يحكم الزوج بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات بأن هذه المدة طويلة، وبأن الأفضل أن يحافظ على أصل قول المالكية فتحدد المدة بسنة واحدة.

وما أراه أن تحديد القانون المدة بثلاث سنين ـ وهو القول المرجوح عند المالكية ـ هو أقرب إلى المعقول؛ حتى تيئس زوجته من عودته، مما يجعل الضرر متأكداً ظاهراً إن بقيت إلى نهاية هذه المدة.

ثم إن زوجة المحبوس لاحق لها في طلب التفريق إلا بعد مضي سنة من تاريخ حبسه، فمن غير المعقول أن تعطى المرأة الحق بذلك إن كان محكوماً لمدة تتجاوز السنة بقليل، وحق التفريق إنما منح لها لرفع الضرر عنها، وهذا يتحقق بالإفراج عنه، فإذا كان إطلاق سراحه قريباً فليس من المعقول أن يحكم بالتفريق بحجة رفع الضرر؛ إذ قد تكون مدة الإفراج عنه أقرب من وقت نهاية العدة التي ينبغي عليها أن تقضيها قبل زواجها من أي شخص آخر.

ويلاحظ على هذا القانون أنه ساوى بين الغياب دون عذر والغياب بسبب عقوبة السجن مهما كان سببها، مع أنه كان ينبغي أن يميز بين عقوبة سببها الانحراف، وبين عقوبة سببها هدف نبيل، أو خطأ غير مقصود، سيما وأن القانون قد أخذ في مسألة التفريق بمذهب الحنابلة الذين علقوا ذلك على سبب الغيبة، وقالوا بالتفريق إن لم يكن ثمة عذر لغيابه، فكما أن القانون ميز بين غيبة لعذر وأخرى بلا عذر، كان عليه أن يميز بين عقوبة لغرض مشروع، وأخرى

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٩٤.

لجرم شائن، بل ما الفرق بين غائب بسبب الجهاد مثلاً، الذي يعد عذراً لا تقع الفرقة بسببه، وبين المعتقل سياسياً لمعارضته طاغوتاً ظالماً؟!

أما القانون المصري ـ مع أنه أفرد للتفريق مادة خاصة[١] ـ فقد أعطى زوجة المحبوس حق طلب التفريق، إلا أنه يتفق عموماً مع القانون السوري، ولم يختلف معه إلا في نقطتين: الأولى: تحديده مدة السجن بثلاث سنوات فأكثر، خلافاً للقانون السوري الذي نص على أنها أكثر من ثلاث سنوات، أما الثانية: فهي نوع هذا التفريق فقد عده القانون السوري طلاقاً رجعياً، على حين هو طلاق بائن في القانون المصري وفاقاً لرأي المالكية.

وقد ذكر كثير من شرَّاح القانون المصري أن مرجع القانون في هذه النقطة هو المذهب المالكي[٢]، إلا أن الشيخ أبا زهرة ـ رحمه الله ـ رأى أن لجنة التقنين لجأت إلى قياس حال الحبس على حال الغياب؛ لأنه غياب فعلاً، وأنه لا حاجة إلى قياس المحبوس على الغائب، بل يؤخذ النص من مذهب أحمد بن حنبل[٣]، وذلك في إشارة منه إلى ما جاء عند ابن تيمية في الفتاوى، فضلاً عن قول ابن عقيل في هذه المسألة.

أقول: وإن كان ثمة نص عند الحنابلة في ذلك، إلا أن القول المعتمد في المذهب: عدم التفريق للحبس؛ لأن ترك الجماع كان لعذر، فكان اللجوء إلى

---

(١) المادة /١٤/ من قانون الأحوال الشخصية المصري لعام ١٩٢٩. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لخلاف: ٢٦٨. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري: ٢٠٨.

(٢) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لخلاف: ٢٦٨.

(٣) الأحوال الشخصية لأبي زهرة: ٤٣٠.

القول المعتمد عند المالكية في التفريق للغياب أولى من الاعتماد على قول مرجوح، سيما وأن المحبوس غائب، فليس ثمة حاجة للقياس أصلاً.

* * *

*** المطلب الثاني ـ حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي والقانون:**

وسأبحث حكم التفريق لعدم إنفاق الغائب في الفقه الإسلامي أولاً، ومن ثم حكم ذلك في القانون في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى ـ حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي:

إذا غاب الزوج، ولم يترك لزوجته نفقة، ولم يُقْدَر له على مال سواء لإعساره أم لامتناعه عن الإنفاق، ولم يرسل لها نفقة، فهل يفرق القاضي بين الزوجين لهذا العذر إذا طلبت المرأة ذلك؛ لتضررها بعدم الإنفاق عليها؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، واختلافهم في ذلك فرع عن اختلافهم في مسألة الطلاق للإعسار بالنفقة حال حضور الزوج، ولذلك أجد لزاماً علي أن أعرض حكم الطلاق على المعسر، وأدلة الفقهاء في هذه المسألة، ومن ثم أنتقل إلى بيان حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب.

أولاً ـ حكم الطلاق على المُعْسر:

إذا تضررت الزوجة بسبب إعسار زوجها، فهل يحكم القاضي بالتفريق إذا طالبت الزوجة به؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين رئيسيين:

١ ـ **القول الأول:** ذهبوا فيه إلى عدم التفريق بسبب الإعسار، وإنما تؤمر بالاستدانة، وهذا قول الحنفية[١]، وقول عند الشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، ومذهب الظاهرية[٤]، والزيدية[٥]، وهو قول الزهري، والحسن البصري[٦].

ويؤمر عند الحنفية الابن أو الأخ بالإنفاق عليها، ويرجع به على الزوج إذا أيسر، ويحبس الابن أو الأخ إن امتنع؛ لأن هذا من المعروف الذي أمرت الآية الكريمة به[٧].

٢ ـ **القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى جواز التفريق للإعسار، وأن المرأة بالخيار، إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه، وإن شاءت رفعت أمرها

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣١. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٠.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٤.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠. بل ذهب الظاهرية إلى أبعد من ذلك، فقالوا بوجوب إنفاق الزوجة على زوجها إن كانت موسرة وزوجها معسر.

(٥) التاج المذهب للصنعاني: ٢/ ٢٨٢.

(٦) البناية للعيني شرح الهداية: ٥/ ٥٠٥.

الحسن بن يسار البصري: (٢١ ـ ١١٠هـ)، أبو سعيد، تابعي، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمنه، ولد في المدينة، وشب في كنف علي بن أبي طالب، وسكن البصرة، كان مهيباً يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم، وله مع الحجاج بن يوسف مواقف، توفي بالبصرة. الأعلام للزركلي: ٢/ ٢٢٦. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٥٦٣.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣.

إلى القضاء طالبة التفريق، وهو قول المالكية[1]، والأظهر عند الشافعية[2]، والراجح عند الحنابلة[3]، إلا أن المالكية اشترطوا إنظاره مدةً رجاء يساره، وحددت بيوم، وقيل: بشهر، وقيل من غير تحديد[4].

وثمة أقوال أخرى ضعيفة، منها ما ذهب إليه الهادوية من القول بأن الزوج يحبس للتكسب، أو يحبس حتى يجد ما ينفق[5].

الأدلـــــة:

١ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالقرآن الكريم، والسنة، والقياس، والمعقول، والآثار.

أ ـ من القرآن الكريم: استدلوا بالآيات الآتية:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٦٢. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٥. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢. الأم للشافعي: ٥/ ١١٥. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٢.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨.

(٥) سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٢٢٥. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٢. زاد المعاد لابن القيم: ٥/ ٤٦١. وهذا القول مشكل؛ لأن الواجب إنما هو الغداء في وقته والعشاء في وقته فهو واجب في وقته، فإذا حبس الزوج الحبس وقت وجوبه فإن هذا يعود على الغرض المراد بالنقض.

وجه الدلالة: العموم المستفاد من النص على إنظار المعسر، فهو يشمل الأزواج كما يشمل سائر الغرماء، ولا مخصص للأزواج من هذا العموم، والمرأة إذا أجلت مطالبة زوجها بنفقتها بسبب إعساره لم يكن لها أن تطالب بالتفريق، فكذلك إذا استحق الإنظار بالشرع بدلالة الآية لم يكن لها أن تطالب بالتفريق[1].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[الطلاق: ٧].

٣ ـ قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة: ٢٨٦].

وجه الدلالة في الآيتين: إن الإنسان لا يكلَّف فوق طاقته، ومع أنه مكلف بالإنفاق على زوجته إلا أنه ينفق عليها قدر طاقته مما أتاه الله، وفي فسخ نكاحه بسبب إعساره تكليف له بما لا يطاق[2]، والعموم هنا أيضاً يشمل المعسر بالنفقة كما يشمل الزوج الذي يستطيع بعضَها دون البعض الآخر، أو الموسر بها كلِّها.

ب ـ من السنة الشريفة:

أما الأحاديث التي استندوا إليها في قولهم فأذكر منها:

١ ـ ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن هند امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: **«خذي من ماله بالمعروف، ما يكفيك ويكفي بنيك»**[3].

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩١. البناية للعيني شرح الهداية: ٥/ ٥٠٨.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٦١.

(٣) البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من غير علمه، حديث: ٥٣٦٤، ومسلم كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث: ١٧١٤، واللفظ له.

وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ لم يخيرها رغم امتناع زوجها عن الإنفاق عليها بقدر كفايتها، ولو كان الخيار في الفسخ مشروعاً في مثل هذه الحالة لخيرها رسول الله ﷺ[1].

٢ ـ حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما، وفيه أن أبا بكر[2] وعثمان رضي الله عنهما دخلا على رسول ﷺ، فوجداه جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً، فقال أبو بكر: لأقولنَّ شيئاً أُضحك النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله: لو رأيتَ بنت خارجة[3] سألتني النفقة، فقمت إليها فوجأت[4] عنقها، فضحك رسول الله ﷺ، وقال: **«هن حولي كما ترى يسألنني النفقة»**، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألْنَ رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن ـ أي رسول الله ﷺ ـ شهراً، أو تسعاً وعشرين، ثم نزلت عليه هذه

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٢) **أبو بكر الصديق**: (٥١ ق.هـ ـ ١٣هـ)، هو عبدالله بن أبي قحافة عثمان بن عامر التيمي القرشي، أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن برسول الله ﷺ من الرجال، حارب المرتدين ومانعي الزكاة، وافتتحت في أيامه بلاد الشام وقسم كبير من العراق، توفي في المدينة. الأعلام للزركلي: ٤/ ١٠٢. الرياض النضرة للطبري: ١/ ٧٣ ـ ٢٦٥. الإصابة لابن حجر: ٤/ ١٦٩.

(٣) **بنت خارجة**: هي حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير، زوج أبي بكر الصديق رضي الله عنه، توفي زوجها رضي الله عنه وهي حامل منه بأم كلثوم، ثم تزوجها بعده خبيب ابن أساف. الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني: ٧/ ٥٧٥. الثقات لابن حبان: ٣/ ١٠٠. الطبقات الكبرى لابن سعد: ٨/ ٣٦٠.

(٤) الوجء: اللكز، ووجأه باليد والسكين وجأً، أي: ضربه، ويجأ عنقها: أي يطعنه، ينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير: مادة وجأ. لسان العرب لابن منظور، مادة: وجأ. شرح صحيح مسلم للنووي: ١٠/ ٨٢.

الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ﴾حتى بلغ ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[الأحزاب: ٢٨ ـ ٢٩]. . . الحديث[١].

وجه الاستدلال: ما ورد في الحديث من ضرب أبي بكر وعمر ـ رضي الله عنهما ـ ابنتيهما؛ إذ سألتا النبي ﷺ النفقة وهو لا يجدها، وكذلك في ضرب أبي بكر امرأته؛ إذ سألته النفقة، ولا يُعقل أن يقوما بضرب صاحبة حق.

يقول ابن حزم الذي أورد هذا الحديث مبيناً سبب إيراده: «ومثل هذا لو وجده المخالفون لنا لعظم تسلطهم به . . . أما نحن فلا نحتج به؛ لما رواه أبو الزبير عن جابر، ولم يقل فيه: إنه سمعه منه»[٢].

واستدلوا أيضاً بعدم وجود أثر عن رسول الله ﷺ يدل على أنه خير امرأة للإعسار أو لعدم الإنفاق عليها من قبل زوجها، مع أن المعسرين من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا أضعاف الموسرين، ولو كان هذا الحق ثابتاً لها في حالة إعسار زوجها بنفقتها لروي لنا أنه خير إحداهن، غير أن ذلك لم يرد، مع كثرة دواعيه وتوافر أسبابه[٣].

ج ـ من القياس:

استدلوا بالقياس على المهر؛ ذلك أن الإعسار بالمهر لا يفسخ النكاح بسببه، فيقاس عليه الإعسار بالنفقة بجامع كونهما مالاً وديناً على الزوج، والعجز عن المال لا يكون موجباً للفرقة.

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب أن تخييره امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، حديث: ١٤٧٧.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٦٠.

(٣) زاد المعاد لابن القيم: ٥/ ٤٦٣. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٦٠.

ثم إن المهر دين مستقر، ومع ذلك لم يوجب الفرقة، فمن باب أولى أن لا تجب الفرقة في نفقة الوقت وهي دين لم يستقر بعد[١].

د ـ من المعقول: وذلك من وجهين:

الأول: إن في التفريق للإعسار إبطالاً لحق الزوج من كل وجه؛ لإبطال نكاحه، وفي عدم التفريق تأخير لحقها بالنفقة إلى حين يسار الزوج، ولا إبطال فيه؛ لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، وفي الاستدانة تأخير حقها مع بقاء حقه، والأول أقوى في الضرر؛ لأن ضرر الإبطال فوق ضرر التأخير[٢].

الثاني: إن المال ليس مقصوداً بالنكاح، إنما هو تابع أو زائد، والعجز عن البيع لا يكون سبباً لرفع الأصل[٣].

هـ ـ من الآثار:

استدلوا بعدة آثار أوردها ابن حزم منها[٤]:

١ ـ ما ورد عن ابن جريج[٥] قال: سألت عطاء[٦] عمن لم يجد ما يصلح امرأته

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩١.

(٢) اللباب للميداني: ٢/ ٢٠٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٠٤ ـ ٥٠٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٠٠ ـ ٢٠٢. البناية للعيني: ٥/ ٥٠٦.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٠٠.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٦١.

(٥) ابن جريج: هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، الإمام، العلامة، الحافظ، شيخ الحرم، أبو خالد، وأبو الوليد القرشي الأموي المكي صاحب التصانيف وأول من دون العلم بمكة، سمع طاوساً ومجاهداً وعطاءً، وكان من أحسن الناس صلاةً، يقول ابن المديني: ما كان في الأرض أحد أعلم بعطاء من بن جريج، مات سنة: ١٥٠هـ. الجرح والتعديل للرازي: ٥/ ٣٥٧. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٦/ ٣٢٥.

(٦) **عطاء بن أبي رباح**: هو سيد التابعين علماً وعملاً وإتقاناً في زمانه، عاش تسعين سنة =

من النفقة، فقال: «ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها إلا ما وجدت، وليس لها أن يطلقها»[(١)].

٢ ـ عن الحسن البصري أنه سئل في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، فقال: «تواسيه، وتتقي الله عز وجل وتصبر، وينفق عليها ما استطاع»[(٢)].

٣ ـ ما جاء عن الزهري أنه سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته: يفرق بينهما؟ فقال: «يُسْتَأنى به، ولا يفرق بينهما[(٣)]، وتلا قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[الطلاق: ٧][(٤)].

٤ ـ ما جاء عن سفيان الثوري[(٥)] أنه قال في المرأة التي يعسر زوجها بنفقتها:

= أو أزيد، وكان حجة إماماً كبير الشأن، أخذ عنه أبو حنيفة وقال ما رأيت مثله، وتوفي عطاء بن أبي رباح سنة خمس عشرة ومائة، وكان من الراسخين في العلم ولازم الإفادة والفتيا مدّة ثمانين سنة. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٥/ ٩٠. الوفيات لأبي العباس: ١١٢.

(١) مصنف عبد الرزاق، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، رقم: ١٢٣٥٤. وجاء بلفظ: «ليس لها إلا ما وجد، ليس لها أن يطلقها».

(٢) لم أجد في كتب السنن والآثار أثر الحسن بهذه الصيغة التي أوردها ابن حزم، إلا أن ابن أبي شيبة أخرج في مصنفه كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته: ٤/ ١٦٩. عن الحسن قوله: «إذا عجز الرجل عن نفقة امرأته لم يفرق».

(٣) يُسْتَأنى به، أي: يُنْتَظر به. مختار الصحاح للرازي: مادة أني.

(٤) أثر الزهري هذا أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، رقم: ١٢٣٥٥. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته: ٤/ ١٦٩. وهو بلفظ: تستأني به.

(٥) **الثَوري**: سفيان بن سعيد، ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ، أحد الأئمة المجتهدين في الفقه، منسوب إلى بني ثور من مُضر، من تابعي التابعين، له مذهبه الخاص، من كتبه: الجامع =

«هي امرأة ابتليت فلتصبر، ولا نأخذ بقول من فرق بينهما»[1].

٢ ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني لقولهم بجواز التفريق للإعسار بالقرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والآثار، والقياس.

أ ـ من القرآن الكريم: استدلوا بالآيتين الآتيتين:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: أمر الله عز وجل بالإمساك بالمعروف، والمعسر عجز عن الإمساك بالمعروف، حيث تعذر عليه إيفاء حق الزوجة في الوطء والنفقة، فتعين عليه التسريح بالإحسان؛ ولأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر[2]، فإن فعل وإلا فإن القاضي ينوب عنه نيابة في التسريح، وذلك بأن يفرِّق[3].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾[البقرة: ٢٣١].

وجه الاستدلال: إن الإمساك مع العجز عن الإنفاق إضرار بالزوجة، واعتداء على حقها، وهذا منهي عنه، فوجب التسريح.

ب ـ من السنة:

١ ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**خَيْرُ الصدقة ما كان عن**

= الكبير، الجامع الصغير، وهما في الحديث، توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٧/ ٢٢٩.

(١) مصنف عبد الرزاق، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، الأثر رقم: ١٢٣٥٦.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٥.

(٣) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٦.

ظهر غنى، **واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول»**، قال: ومن أعول يا رسول الله، قال: «**امرأتك تقول: أطعمني وإلا فارِقْني، وخادمك يقول: استعملني، وولدك يقول: إلى من تتركني؟**»[1].

وجه الدلالة: في قول المرأة: أطعمني وإلا فارقني.

يقول الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وهذا إن لم يكن نصاً بأن عليه طلاقها لعدم الإنفاق، إلا أنه بالاستدلال يشبه أن يكون»[2].

٢ ـ حديث أبي هريرة أيضاً مرفوعاً عن النبي ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرّق بينهما[3].

---

(١) رواه بهذا اللفظ أحمد في مسنده، حديث: ١٠٨٣٠ ـ ٢/ ٥٢٧، والدار قطني في سننه، كتاب النكاح حديث: ١٩٠ ـ ٣/ ٢٩٦ والبيهقي في السنن، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد ما ينفقه: ٧/ ٤٧٠.

وأصل هذا الحديث في البخاري، ورواية البخاري تفيد أن الزيادة المفسرة هي من قول أبي هريرة، فقد جاء فيه: فقالوا: يا أبا هريرة، سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة، البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، حديث: ٥٣٥٥، انظر: فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٢٥ ـ ٦٢٦. يقول الحافظ ابن حجر عن هذه الزيادة ـ وهي قوله: فقيل من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك... ـ بأنها وهم، والصواب ما جاء من وجه آخر، وفيه: فسئل أبو هريرة: ومن تعول يا أبا هريرة؟ وقد طعن ابن حجر برواية الدارقطني؛ لأنها من طريق عاصم، وعاصم في حفظه شيء، فلا حجة في هذه الرواية، ومما يؤيد أن هذه الزيادة هي من عند أبي هريرة: ما جاء عند الشافعي في مسنده عندما أورد هذا الحديث فقال: يقول أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث: يقول ولدك: أنفق علي... الحديث. مسند الشافعي، كتاب أحكام القرآن: ٢٢٦. مسند الحميدي: ١١٧٦. وينظر: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج للأندلسي: ٢/ ٤٣١. خلاصة البدر المنير للأنصاري: ٢/ ٢٥٦.

(٢) الأم الشافعي: ٥/ ١١٥.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد ما ينفقه: =

وجه الدلالة: إن الحديث يفيد الحكم بالتفريق حالة عجز الرجل عن الإنفاق على أهله.

٣ ـ حديث: **«لا ضرر ولا ضرار»**(١).

وجه الدلالة: إن الإمساك مع عدم الإنفاق مضارَّة، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها.

ج ـ من الإجماع:

وذلك اعتماداً على قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالتفريق بين الرجل وامرأته إن لم يجد ما ينفق عليها، ولم يخالفه أحد من الصحابة، فصار إجماعاً سكوتياً(٢).

د ـ من الآثار:

١ ـ ما جاء عن أبي الزِّناد(٣)، قال: «سألت سعيد بن المسيب(٤) عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: يفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت: سُنَّة؟ قال: سُنَّة»(٥).

= ٧/ ٤٧٠، والدار قطني في سننه: ٣/ ٢٩٧، كتاب النكاح، حديث: ١٩٤.

(١) سلف تخريجه في المطلب السابق، ص: ١٦٤.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٧.

(٣) **أبو الزناد**: عبدالله بن ذكوان، الإمام الفقيه الحافظ المفتي، أبو عبد الرحمن، ولد في سنة ٦٥هـ، كان سفيان يسمي أبا الزناد أمير المؤمنين في الحديث، قال البخاري: أصح أسانيد أبي هريرة أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة، توفي سنة: ١٣٠هـ. رجال مسلم للأصبهاني: ١/ ٣٦١. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/ ٤٤٥.

(٤) **سعيد بن المسيب**: المخزومي القريشي، ولد سنة ١٥هـ، سيد التابعين وإمامهم، صهر أبي هريرة على ابنته، أحد فقهاء المدينة السبعة، توفي بالمدينة سنة ٩٤هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٢١٧.

(٥) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب أحكام القرآن ٢٦٦، والبيهقي في السنن، كتاب =

وجه الدلالة: في قول سعيد بن المسيب بالتفريق؛ لعدم تمكن الرجل من الإنفاق على زوجته، وفي قوله بأنه سنة، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ.

يقول الشافعي «والذي يشبه قول سعيد: سُنَّة، أن يكون سُنَّةً عن رسول الله ﷺ»(١).

٢ ـ ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلِّقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا(٢).

وجه الدلالة: التخيير بين الإنفاق والطلاق، فإذا اختاروا الإنفاق فلا طلاق، وإن اختاروا عدمه كان عليهم أن يطلقوا.

يقول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لم يخالف عمرَ رضي الله عنه أحدٌ عَلِمْتُه من أصحاب رسول الله ﷺ»(٣).

= النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة: ٧/ ٤٦٩، وعبد الرزاق في المصنف، باب الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، رقم: ١٢٣٥٣. وسعيد بن منصور في كتاب السنن، باب ما جاء في الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته، رقم: ٢٠٢٢. والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة يفرق بينهما، رقم: ١٥٥٢٤.

(١) الأم للشافعي: ٥/ ١١٥. وينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب أحكام القرآن: ٢٦٧. والبيهقي في السنن، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد ما ينفقه: ٧/ ٤٦٩. وعبد الرزاق في مصنفه، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها رقم: ١٢٣٤٦. والبيهقي في معرفة السنن والآثار: كتاب النفقات، باب غيبة الزوج عن المرأة بعد التخلية، رقم: ١٥٥١٩. وقد صححه الحافظ أبو حاتم الرازي. سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٢٢١.

(٣) الأم للشافعي: ٥/ ١١٥.

٣ـ ما جاء عن الشعبي[١] أنه قال: «ينفق عليها أو يطلقها»[٢].

د ـ القياس:

١ ـ استدل الشافعية لجواز التفريق بالقياس على نفقة العبد والأَمَة، ونفقةُ هؤلاء مستحقة على المالك بسبب مِلكه، فإذا تعذر عليه الإنفاق عليهما أجبره القاضي على قطع ملكه عنهما بالبيع، فإذا كان صَنَع هذا بملكه، فكيف لا يصنع في امرأته التي ليست ملكه، فَقَطْعُ زواجه عنها أولى[٣].

٢ ـ وبالقياس على الفسخ للعجز عن الوَطْءِ، فإذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوَطْء للجَبِّ والعنة ـ والضرر هنا أقل؛ لأنه إنما هو فَقْد لذة وشهوة يقوم البدن دونه ـ فلأن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن دونها أولى[٤]، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن منفعة الجماع مشتركة بين الزوجين، وقد ثبت الفسخ عند تعذره كما في الجَب والعنة، أما النفقة فهي حق خاص بالزوجة، فلما ثبت الخيار في الحق المشترك كان ثبوته بالمختص أولى[٥].

---

(١) الشعبي: (١٩ ـ ١٠٣هـ)، هو عامر بن شراحيل الشعبي، ولد سنة ١٩هـ، أصله من حِمْيَر ومنسوب إلى الشعب شَعْب همدان، فقيه من كبار التابعين، استقضاه عمر بن عبد العزيز، توفي سنة ١٠٣هـ. تهذيب الكمال للمزي: ١٤/ ٢٨.

(٢) مسند ابن الجعد رقم: ٢٤٩٨. وروي عن الحسن مثله. ينظر: كتاب السنن لسعيد بن منصور، في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، رقم: ٢٠٢٦. مسند ابن الجعد رقم: ٢٤٩٩.

(٣) الأم للشافعي: ٥/ ١١٥. فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٢٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٦.

(٤) الأم للشافعي: ٥/ ١١٥. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٦.

المناقشـــــة :

١ ـ مناقشة أدلة المانعين :

أ ـ الاستدلال بالآية الكريمة: يمكن أن يناقش استدلالهم بالآية الأولى، وهي قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠] بأنها عامة في إنظار المعسر بشكل عام، إلا أنها خصصت بقوله تعالى بشأن الزوجة خاصة عندما أمر الزوج بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[البقرة: ٢٢٩].

ثم إن هذه الآية تدل على أن الإنظار عائد إلى ما استقر في الذمة وثبت، والزوجة لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، إنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة، فلم تتوجه إليها الآية[1].

وأما استدلالهم بالآيات الأخرى، فيمكن أن يجاب عنه بأنها لا تدل على عدم الإنفاق، إنما تدل على أن الإنفاق يكون ضمن حدود الاستطاعة ومما آتاه الله، والإنسان غير مكلف بالإنفاق فوق طاقته، فغاية ما تدل الآية عليه هو سقوط الوجوب عن الزوج[2]، ويبقى حق الفسخ للمرأة تطالب به إن أرادت، ثم إنَّ صَبْر المرأة دونما نفقة هو تكليف لها بما لا تطيق، والله تعالى يقول: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة: ٢٨٦]. وهي الآية التي استدل بها المانعون، فهي حجة عليهم إذاً.

ب ـ يجاب عن استدلال الحنفية بحديث هند بأن الفقهاء القائلين بجواز التفريق للإعسار يشترطون للتفريق طلب الزوجة، وهند هنالم تطلب ذلك، ولم يثبت عنها أنها طلبت التفريق بسبب ذلك، فضلاً عن أن أبا سفيان ـ وكما يستفاد

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٦.

(٢) سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٢٢٥.

من الحديث ـ كان ينفق عليها، لكن دون كفايتها، فهند لم تصل إلى الحد الذي أجاز فيه الفقهاء التفريق، وهو أن لا تحصل على الضروري من النفقة، فالحديث إذاً ليس دليلاً لموطن الخلاف، ولا يصح الاستدلال به لذلك، وهذا ينطبق أيضاً على حديث جابر رضي الله عنه الذي استدلوا به، فمطالبة زوجات الرسول ﷺ بالنفقة، وكذلك زوجة أبي بكر رضي الله عنه، لا يدل على أنهن طالبن بالتفريق لعدم الإنفاق، وكونهنَّ صاحباتِ حق لا خلاف فيه.

ج ـ أما استدلالهم بالقياس فلا يسلم لهم؛ لأن ضرر الإعسار بالمهر لا يشبه الضرر المترتب على عدم الإنفاق الذي قد يؤدي إلى إتلاف نفسها، فلا يقاس عليه، فضلاً عن أن الحنفية لا يساوون بين المهر والنفقة؛ فإن تأخير مطالبة الزوجة بالمهر لا يُسقِطه، على حين تسقط النفقة عن الزوج عن المدة السابقة لمطالبتها.

د ـ وأما استدلالهم بالمعقول ـ وهو أن ضرر الإبطال أكبر من ضرر تأخير النفقة ـ فغير مُسَلَّم به؛ لأن عدم الإنفاق قد يكون في حالات أشد ضرراً من إبطال النكاح، وذلك عندما يؤدي عدم الإنفاق إلى هلاك النفس، وهذا لا يقارن بالضرر الناتج عن فسخ النكاح.

فإن قيل: إن الهلاك نادر؛ لتمكنها من الاستدانة، فيجاب عنه: فإن لم تجد من تستدين منه؟! والحنفية يقولون بأن القاضي إذا أمر الزوجة بالاستدانة فلم تجد لم يفرق بينه وبينها، ولم يجبره على طلاقها[1]، فكيف السبيل لها إلى أن تعيش وهي محبوسة على زوجها الذي لا يجد ما ينفق عليها، ولا تجد حتى من تستدين منه، وأي ضرر بعد هذا؟! وإلى أي مدىً يجب أن تنتظر المرأة؟! وما هو حد التأخير؟!

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٠.

هـ - يجاب عن اعتراضهم بعدم ورود أثر يدل على طلب الصحابيات التفريق: بأن الصحابيات لم يطلبن ذلك، ولو طَلَبن لأُعطين، بل لم يثبت أيضاً أن واحدة من الصحابيات طلبت إلى رسول الله ﷺ التفريق من زوجها لإعساره عن نفقتها ثم رفض طلبها، ولا بد لإيقاع الفرقة من طلب الزوجة.

وقد أجاب الإمام مالك - رحمه الله - عندما سئل عن هذا بأن الزمن قد تغير، فقد كانت الصحابيات رضي الله عنهن يتزوجن رجاءً، أي كن يُرِدن الدار الآخرة، ولم يكن مرادهن الدنيا، فلم يكُنَّ يبالين بعسر أزواجهن؛ لأن أزواجهن كانوا كذلك، خلافاً لنساء اليوم اللائي ينظرن إلى ما يملكه الزوج من مال[١].

أما استدلال ابن حزم بالآثار، فيجاب عنه: بأنها معارَضة بآثار أخرى، ويمكن أن يجاب عنه أيضاً باعتراض ابن حزم ذاته على استدلال الجمهور بأنها مخالفة لأقوال الصحابة، «وكل واحد منهم لا يدرك سعيد يوماً من أيامهم أبداً، وكلهم أعلم بالسنة من سعيد بلا شك»[٢]، فهذا الكلام يرد على استدلاله بآثار التابعين أيضاً التي خالفت آراء الصحابة، كأثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فما كان جوابه هنا، فهو جواب لنا.

٢ - مناقشة أدلة القائلين بجواز التفريق:

أ - **القرآن الكريم**: رد الحنفية الاستدلال بقوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾[البقرة: ٢٢٩]. بأن الآية قد قيل في تفسيرها: إن الإمساك بالمعروف هو الرجعة[٣]: وهو أن يراجعها على قصد الإمساك، أما التسريح بإحسان فمعناه: أن يتركها حتى تنقضي عدَّتُها.

---

(١) ينظر: زاد المعاد لابن القيم: ٥/ ٤٦١.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص: ٢/ ٨٧.

ثم إن الإمساك بالمعروف يختلف حسب حال الزوج من العسر واليسر، بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ﴾[البقرة: ٢٣٦]. فالإمساك بالمعروف في حق الزوج العاجز عن النفقة يكون بالتزامه النفقة بذمته، وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله، وهو الالتزام في الذمة[١].

وإذا عجز عن الإمساك بالمعروف وجب عليه التسريح بإحسان إذا كان قادراً، ولا قدرة له على ذلك؛ لأن التسريح بالإحسان يكون بالتطليق مع إبقاء حقها في نفقة العدة، وهذا متعذر؛ لأنه عاجز عن نفقتها الحالية، فكيف له أن ينفق عليها في عِدَّتها؟ فضلاً عن أن التسريح لفظ يحتمل أكثر من معنى، فقد يراد منه التفريق بإبطال النكاح، وقد يراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان، وذلك بتخلية السبيل وإزالة اليد والحبس، ولا حجَّة مع الاحتمال[٢].

وأجابوا عن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾[البقرة: ٢٣١]: بأن هذه الآية نزلت فيمن كان يطلق، فإذا كادت العدة تنتهي راجع، يتقصد الإضرار بذلك، وقد أجاب ابن حجر ـ رحمه الله ـ عن اعتراضهم هذا بأن قاعدتهم أن العبرة بعموم اللفظ[٣].

ب ـ السنة: أما الاستدلال بحديث أبي هريرة رضي الله عنه، فقد أجاب عنه ابن حزم بأن أبا هريرة سئل عن ذلك: أسمعته من رسول الله ﷺ؟ فقال: لا، هذا من كيس أبي هريرة. فبطل الاحتجاج به.

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩١. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٠.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٢٧.

وإن قيل: إنما هو قول صحابي، فيرد ذلك بأن أبا هريرة إنما حكى قول المرأة، ولم يقل: هذا هو الواجب في الحكم(١).

وأجاب الصنعاني(٢) عما أورده ابن حزم على هذا الحديث، فقال: والذي يظهر، بل ويتعين: أن أبا هريرة لما أجاب من سأله: سَمِعْتَ هذا من رسول الله ﷺ؟ بقوله: لا، هذا من كيس أبي هريرة، كان جوابه هذا جواب المتهكِّم بهم، ولم يكن مخبراً فيه أنه لم يسمعه من رسول الله ﷺ، وكيف يصح حمل قوله: من كيس أبي هريرة، على أنه أراد به الحقيقة، وقد قال: قال رسول الله ﷺ، فنسب بذلك استنباطه إلى قول رسول الله ﷺ؟ وهل هذا إلا كذب منه على رسول الله ﷺ؟ وحاشا أبا هريرة رضي الله عنه أن يفعل ذلك.

فالقرائن تدل على أن أبا هريرة لم يرد إلا التهكم بالسائل، ولذا ينبغي أن يتعين أن هذا مراده(٣)، ويرد أيضاً على هذا الحديث: أنه ليس في قول أبي هريرة ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق إذا ما طلبت الزوجة ذلك، وعلى التسليم بصحة هذا الحديث، فإنه يرشد إلى ما ينبغي فعله مما يدفع ضرر الدنيا، ويكون معناه: بأنه ينبغي أن تبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك، وشوشوا عليك إذا اسُتهلكت النفقة لغيرهم(٤).

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٢) **الصنعاني**: (١٠٩٩ ـ ١١٨٢هـ)، هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن الحسن المعروف بالصنعاني المكنى، ولد في سنة ١٠٩٩هـ في اليمن، كان زيدي المذهب عالماً في الأصول والتفسير وعلوم الحديث، من أشهر مصنفاته: حاشية على البحر الزخار، توفي في عام ١١٨٢هـ. البدر الطالع للشوكاني: ٢/ ١٣٣.

(٣) سبل السلام للصنعاني بتصرف: ٣/ ٢٢٣.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٢.

أما حديث أبي هريرة المرفوع عن النبي ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرَّق بينهما، فقد أعله أبو حاتم، وبيَّن ابن حجر أن العلة فيه أنه رُفِع إلى رسول الله ﷺ مع أنه من كلام سعيد بن المسيب، وهذا ما توهمه البيهقي(١).

ج ـ أما الآثار فقد اعترضوا عليها بما يأتي:

١ ـ طعنوا في رواية سعيد بن المسيب بأنها وردت بصور متعددة: فجاءت إحدى الروايات بقوله: يجبر على مفارقتها، وثمة رواية أخرى أنه يفرق

---

(١) التلخيص الحبير لابن حجر: ٤/ ٨ ـ ٩. وقد فصل ابن حجر في ذلك فقال: إن علة الرواية هذه بينها ابن القطان وابن المواق؛ ذلك أن الدارقطني أخرج من طريق شيبان، عن حماد، عن عاصم، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: المرأة تقول لزوجها: أطعمني.. الحديث، وأخرج من طريق آخر عن سعيد بن المسيب أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته: إن عجز فرق بينهما، ثم أخرج من طريق آخر عن حماد، عن عاصم، عن أبي صالح، عن أبي هريرة مثله، فقد اشتبه الأمر على الدارقطني كما يقول ابن القطان؛ ذلك أنه لما نقله من كتاب حماد بن سلمة ظن أن قوله: مثله، يعود على لفظ سعيد، وليس كذلك، إنما يعود على حديث أبي هريرة بالإجماع، غير أن ابن المواق أجاب عن ذلك بأن الدارقطني لم يهم في شيء، وغايته أنه أعاد الضمير إلى الأقرب؛ لأن في السياق ما يدل على صرفه للأبعد.

وقد وقع البيهقي وابن الجوزي فيما خشيه ابن القطان، فنسبا لفظ ابن المسيب إلى أبي هريرة مرفوعاً، وهو خطأ بيِّن؛ فإن البيهقي أخرج أثر ابن المسيب، ثم ساق رواية أبي هريرة، فقال: مثله، وبالغ في الخلافيات، فقال: وروي عن أبي هريرة مرفوعاً في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما، كذا قال، واعتمد على ما فهمه من سياق الدارقطني.

والبيهقي: (٣٨٤ ـ ٤٥٨هـ)، هوأحمد بن الحسين بن علي، البيهقي، نسبة إلى بيهق، وهي بنواحي نيسابور، ولد سنة ٣٨٤هـ، فقيه شافعي، حافظ كبير، أصولي نحرير، وهو أوّل من جمع نصوص الإمام الشافعي. من مؤلفاته: السنن الكبرى، شعب الإيمان، كتاب الخلاف، توفي سنة ٤٥٨هـ. طبقات الشافعية للحسيني: ٥٩.

بينهما، وهما مختلفتان، فأي الروايتين هي السُّنَّة؟ وأيهما كان سُنَّة فالأخرى خلاف السُّنَّة.

ثم إن سعيداً لم يقل: إنها سُنَّة رسول الله ﷺ، وحتى لو قال لكان مرسلاً لا حجة فيه(١)، ويجاب عن هذا الاعتراض بأنه لا تناقض بين الروايتين، فكلتاهما تفيد التفريق بالنتيجة.

أما قولهم بأن سعيداً لم يقل بأنَّها سُنَّة رسول الله ﷺ، فيجاب عنه بأنه هل يعقل أن السائل سأل إلا عن سنة رسول الله ﷺ؟!

وينقل الصنعاني عن جماعة أنه إذا قال الراوي: من السُّنة كذا، فإنه يحتمل أن يريد سنة الخلفاء الراشدين، وأما بعد سؤال الراوي، فلا يريد السائل إلا سنة رسول الله ﷺ، ولا يجيب المجيب إلا عنها، لا عن سنة غيره؛ لأنه إنما سُئل عما هو حجة، وهو سنته ﷺ(٢).

وأما قولهم: إنه مرسل لا حجة فيه، فيجاب عنه بأن مراسيل سعيد معمول بها؛ لما عرف عنه أنه لا يرسل إلا عن ثقة(٣).

٢ ـ اعترضوا على أثر عمر رضي الله عنه بأنه لا حجة فيه؛ لأن عمر لم يخاطب فيه من كان عاجزاً عن النفقة؛ فإن نفقة عيال أولئك الجند كانت من بيت المال، ولكن عمر خاف الفتنة على زوجات هؤلاء الجنود لطول غيبة أزواجهن، فأمرهم أن يبعثوا إليهن ما تطيب به قلوبهن ويطيب خاطرهن(٤)، بل ليس في خبر

---

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠.
(٢) سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٢٢٤.
(٣) تدريب الراوي للسيوطي: ١/ ١٩٩. منهج النقد في علوم الحديث د. عتر: ٣٧١.
(٤) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٠ ـ ١٩١.

عمر رضي الله عنه ذكر المعسر، بل صح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر زوجها[١]، وليس فيه أن الزوجات طلبن فسخ نكاحهن.

د ـ القياس:

أجاب الحنفية على استدلال الفريق الثاني بالقياس بما يأتي:

١ ـ لا يصار إلى القياس على نفقة المملوك؛ لأن التأخير في حق المملوك يعد إبطالاً لحقه؛ لأن المملوك لا يثبت له دين على مولاه، خلافاً للزوجة؛ فإن تأخير نفقتها لا إبطال فيه، إنما هو مجرد تأخير، ثم إن بيع العبد فيه إبطال لملك العبد ببدل، أما إبطال النكاح ففيه إبطال لحقه بغير بدل[٢].

٢ ـ كذلك فإن قياس الفسخ بسبب الإعسار على الفسخ للجَبِّ والعنة قياس باطل؛ لأنه قياس مع الفارق، ففي الجَبِّ والعنة تحقق فوات المقصود من عقد النكاح، وقد تعذر فيه على الزوجة أن تحصل المقصود بالنكاح إذا لم يفرق بينهما، أما في حالة الإعسار فإن وصول النفقة ـ وهو تابع في باب النكاح ـ لم يتعذر بشكل نهائي دون تفريق، فيمكنها أن تستدين فتنفق، ولا يلزم من جواز التفريق بالعجز عن المقصود من عقد النكاح أن يجوز ذلك فيما هو تابع في هذا العقد[٣].

ثم إن في حالة الفسخ للجَبِّ والعُنَّةِ إمساك لها من الزوج من غير حاجة منه إليها؛ لتعذر الوطء عليه، فكان ظالماً لها بإمساكها، أما في الإعسار فيمسكها مع حاجته إليها؛ لقدرته على الوطء، فلا يكون ظالماً.

(١) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٧.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩١.

(٣) البناية للعيني شرح الهداية: ٥/ ٥٠٧.

فالضرر في الجَبِّ والعُنَّة أقوى؛ لأن فيه إبطالاً لحق المرأة؛ لفوات حقها بتعذر الوطء، وضررها أقوى؛ لأن الزوج لا يتضرر كثيراً بالتفريق لعجزه عن الوطء، أما المرأة فإنها محل صالح للوطء، فلا يمكنها استيفاء حقها من هذا الزوج ولا من زوج آخر؛ لوجود الزوجية، وهذا يرجح جانب ضررها،فكان أولى بالدفع[1]، ولأن وظيفة الجماع لا تصير ديناً على الزوج بمضي المدة، بخلاف النفقة التي تستقر ديناً في ذمة الزوج[2].

القول المختار:

بعد عرض الأدلة والمناقشات أصل إلى اختيار جواز التفريق للإعسار؛ لقوة أدلة هذا القول، ولأن المرأة إذا بقيت محبوسة على الزوج دون أن ينفق عليها نالها ضرر شديد قد يصل إلى حد ذهاب نفسها.

والقول بأن تأخر النفقة ليس فيه إبطال حقها، وأنها يتوجب عليها الاستدانة، وأن تنتظر يسار الزوج، لم يسلم من المناقشة، فضلاً عن عدم ضبط المدة التي يجب أن تنتظرها هذه المرأة.

ثم إنِ المذهب عند الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب[3]، وفي أمر القاضي بالاستدانة عليه قضاء على الغائب، مما يوقعهم في التناقض.

والمعروف أيضاً في مذهب الحنفية أنهم قالوا بالتفريق لعجز الرجل عن إصابة امرأته، وجعلوا لها الخيار إذا أصيب الزوج بالعُنَّة، وذلك بعد إمهاله عاماً كاملاً، فإن أصابها فيه، وإلا فرّق الحاكم.

فكيف يقرُّ الحنفية بقاء الزوج مع زوجته بفقد حقَّين لها هما النفقة والكسوة،

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٠.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩١ ـ ١٩٢.

(٣) انظر في ذلك الفصل الأول من هذا البحث.

وفقدهما قد يأتي على حياتها؛ لأن الجوع والعطش يقتلانها في أيام يسيرة، وكذلك فَقْد اللباس يضرُّ بها أشد الضرر في الحر والبرد، وقد يأتي على حياتها؟! ولا يقرون بقاءه معها بفقد الجماع الذي يكتفى منه بجماع مرة واحدة في عمرها عندهم[(١)]! فقد فرقوا بينهما بأصغر الضررين، وأقروها معه بأعظم الضررين، مع أن الله أباح في الضرورة من المأكول ما حرم من الميتة والدم، ووضع عن المستكره إثم الكفر للضرورة التي تحفظ النفس، ولم يبح للمرأة أو الرجل في الشهوة للجماع شيئاً مما حرم عليهما.

ـ حد الإعسار المبيح للتفريق عند القائلين به:

اختلف الجمهور القائلون بجواز التفريق للإعسار في بيان المراد به:

فذهب المالكية إلى أن المراد بالإعسار أن لا يجد الضروري من القوت، ولا ما يستر العورة، وإن كانت الزوجة غنية، فإن وجدت القوت كاملاً ـ ولو من خشن الطعام، كالخبز فقط دون الإدام ـ ومن الكسوة ما يستر العورة ـ ولو من غليظ الثياب لمن كان شأنها أن تلبس الحرير ـ فلا تطلَّق عليه[(٢)].

أما حد الإعسار المبيح للفسخ عند الشافعية، فهو أن يعجز عن نفقة المعسر، وهو المُدُّ في اليوم، ومن الكسوة أقل كسوة، وهي ما لا بد منه، فإذا لم يجد ذلك فهو المعسر الذي يطلق عليه[(٣)].

وحدَّد الحنابلة المراد بالإعسار بأن لا يملك الزوج ما يكفي الزوجة ويقوم به بدنها من طعام وكسوة[(٤)].

---

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٥٨.

(٢) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٦٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦١. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٢٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٨. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٦.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣ ـ ١٦٤.

ثانياً ـ التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب:

بعد أن بحثت حكم التفريق للإعسار، وهو أساس في هذه المسألة، أنتقل إلى بيان حكم التفريق على الغائب لعدم الإنفاق، وهو فرع عن المسألة السابقة، وسأعرض أولاً أقوال الفقهاء في ذلك مع أدلة كل فريق، ثم أناقش الأقوال لأصل إلى الرأي المختار، ثم أتبع ذلك ببيان مذهب المالكية والشافعية بشيء من التفصيل محاولاً التوفيق بين الأقوال المتعددة عند الشافعية، وأذكر أخيراً الشروط الواجب توافرها عند القائلين بالتفريق لعدم الإنفاق.

أ ـ أقوال الفقهاء في حكم التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق:

يمكن إجمال أقوال الفقهاء في هذه النقطة تحت قولين:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى عدم التفريق لعدم الإنفاق، وهو قول الحنفية[١]، والشافعية في الأصح[٢]، والحنابلة في قول القاضي[٣]، الظاهرية[٤]، والزيدية[٥].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. مجمع الأنهر لداماد أفندي: ١/ ٤٩٠. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٤ ـ ٥٥.

وقد نقل الشيخ مهدي حسن الكيلاني القادري أن الفتوى في هذه الحالة في عصرنا الحاضر على التفريق بينهما بعدم أداء النفقة، سواء أكان حاضراً أم غائباً. ينظر هامش الحجة على أهل المدينة للشيباني: ٣/ ٤٧٤.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. أسنى المطالب: ٣/ ٤٣٨. واختار الإمام النووي أنه الوجه الأصح. ينظر: روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٠.

(٣) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٥) التاج المذهب للصنعاني: ٢/ ٢٨٥. مع أن الصنعاني اختار في سبله جواز الفسخ لعدم قدرة الزوج على الإنفاق. سبل السلام: ٣/ ٢٠٩.

إلا أن الشافعية اشترطوا في قولهم هذا أن يكون الزوج موسراً ومعلوم المكان، أو مجهول الحال يساراً أو إعساراً[1].

القول الثاني: وذهب أصحابه إلى جواز التفريق، وهو قول المالكية[2]، والشافعية في قولهم الثاني[3]، والحنابلة[4] في قول الخرقي[5]، وهو المذهب عندهم.

ويشترط الحنابلة في هذا القول أن لا يقدر الحاكم له على مال ـ من نقود أو عروض أو عقار ـ يأخذ النفقة منه لزوجة الغائب[6].

الأدلـــــة:

أ ـ أدلة الفريق الأول:

لم يفرق الحنفية والظاهرية في قولهم بعدم التفريق لعدم الإنفاق بين معسر

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢. الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر: ٤/ ٢١٠.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٦. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٤.

(٣) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٤٣٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢. واختار الروياني وصاحب العدة أن المصلحة أن تكون الفتوى بهذا القول. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٧٣. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٥) **الخرقي**: هو عمر بن الحسين بن عبدالله، أبو القاسم، أحد فقهاء الحنابلة، ولد في بغداد إلا أنه رحل عنها عندما ظهر فيها سب الصحابة، وتوفي في دمشق عام (٣٣٤هـ = ٩٤٥م)، من أهم تصانيفه: المختصر المعروف باسمه، وهو أهم متن في الفقه الحنبلي، وقد شرحه ابن قدامة في المغني. الأعلام للزركلي: ٥/ ٤٤.

(٦) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

وممتنع عن النفقة، والقاعدة عندهم عدم التفريق بين الزوجين للإعسار، أو لعدم إيفاء الزوجة حقها، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً، والزوج إما موسر أو معسر، فإن كان موسراً فهو ظالم بِعَدَمِ الإنفاق، ولكنَّ دَفْعَ ظلمه هذا لا يتعين بالتفريق[١]، بل يمكن دفعه بوسائل أخرى، كأن يباع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، أو بحبسه وتعزيره لإرغامه على الإنفاق إن كان حاضراً.

ويمكن أن يستدل لهذه المسألة بالقياس على الإعسار، فإذا كانت زوجة المعسر تؤمر بالاستدانة، أو يؤمر ابنها أو أخوها بالإنفاق عليها في حالة الإعسار وزوجها حاضر[٢]، فمن باب أولى أن تؤمر هي، أو أن يؤمر ابنها، أو أخوها بالإنفاق حال غيابه، ويرجع بالنفقة على الزوج حال عودته، سيما وأنه موسر.

أما إن كان معسراً فلا ظلم منه لعدم الإنفاق، إنما رأى الحنفية أن الظلم هو تطليق الحاكم عليه؛ لأن هذا التفريق فيه إبطال حق له بلا بدل[٣]، وقد مرَّ بسط ذلك في الحديث عن التفريق للإعسار، وأدلة الحنفية هناك هي ذاتها هنا أيضاً.

فعدم الإنفاق سواء أكان عجزاً أم امتناعاً من الزوج، حاضراً كان أم غائباً، لا يوجب الفرقة عند الحنفية[٤]، وإذا رفعت زوجة الغائب أمرها إلى القاضي طالبة التفريق، وأقامت البينة على عجز زوجها عن النفقة، فليس للقاضي الحنفي أن يحكم بالتفريق؛ لأنه قضاء على غائب، فإن فرق بينهما قاض يرى جواز ذلك، ففي جواز تفريقه قولان: أحدهما: يجوز، والآخر: لا؛ لأن العجز

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٠.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣.
(٣) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٢.
(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠. مجمع الأنهر لداماد أفندي: ١/ ٤٩٠.

لا يعرف حال الغيبة؛ لاحتمال قدرته على الإنفاق، وعلى القول بجواز التفريق، فإن في نفاذ قضائه عند الحنفية[١] قولين أيضاً: ينفذ في الأول، ولا ينفذ في الثاني؛ لأن المشهود به وهو الإعسار غير ثابت؛ لأن المال غاد ورائح، ومن الجائز أن الغائب قد تغير حاله فصار غنياً، ولم يعلم الشاهد بذلك لبعد المسافة[٢].

واستدل الشافعية والحنابلة لقولهم بما يأتي:

١ ـ إن الفسخ للإعسار كان لثبوت عيب الإعسار، وهو منتف؛ لتمكنها من استخلاص حقها، وذلك بأن يرسل الحاكم إلى البلد التي يقيم فيها، فيلزمه بدفع نفقتها إن علم موضعه[٣].

٢ ـ إن الموسر يغلب على الظن إمكان أخذ المال منه؛ لأنه إذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في آخر، خلافاً للمعسر الذي يغلب على حاله الامتناع ما دام معسراً[٤].

٣ ـ إن زوجة الموسر يمكنها أن تستدين على زوجها الغائب إذا أمرها القاضي بذلك؛ لأن الناس لا يمتنعون من إقراضها نظراً ليساره، ويرجعون بما أقرضوها على زوجها، بخلاف المعسر الذي يتحرج الناس من إقراض زوجته؛ لأنهم يستبعدون وفاءه للدين بسبب إعساره[٥].

---

(١) ذكر ابن عابدين رحمه الله أن من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي: التفريق للعجز عن الإنفاق غائباً ـ على الصحيح ـ لا حاضراً. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٠.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٥٤. الفتاوى الهندية: ١/ ٥٥٠ ـ ٥٥١.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٠. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٨، الفتاوى الفقهية لابن حجر: ٤/ ٢١٠.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٥) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بجواز التفريق بالأدلة الآتية:

أ ـ ما أثر عن عمر رضي الله عنه أنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا[1].

وجه الاستدلال: في أمر عمر رضي الله عنه بالإنفاق أو بالطلاق عند غياب الأزواج، وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق[2].

ب ـ إن في صبر زوجة الغائب دونما نفقة ضرراً، وهذا الضرر يمكن إزالته بالفسخ، فيجب إزالته دفعاً للضرر[3].

ج ـ القياس على الإعسار، فإذا تعذر على زوجة الغائب الإنفاق من ماله، بأن لم يترك لها نفقة، ولم يُقدر له على مال، ولم تستطع تحصيل نفقتها باستدانة أو نحوها، وتعذر على الحاكم تحصيلها من وكيل زوجها، فلها الفسخ؛ لأن تعذر الإنفاق من ماله أضحى كالإعسار، بل هو أولى بالفسخ منه[4]، ذلك أن المعسر ممتنع من غير ظلم، أما الموسر فممتنع ظالم.

د ـ القياس على من كان حاضراً وله مال غائب، فإذا كان زوجها كذلك، ولم ينفق عليها باستدانة أو غيرها، فإن كان ماله بمسافة القصر أو أكثر فلها الفسخ، ولا يلزمها الصبر للضرر، أما إن كان ماله دون مسافة القصر فلا يفسخ نكاحها؛ لأن ماله بحكم الحاضر، فيؤمر بإحضاره عاجلاً.

---

(١) سلف تخريج هذا الأثر سابقاً، ينظر ص: ١٧٢.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

فإذا حكم بالفسخ على الحاضر وماله غائب، فمن باب أولى أن يفسخ عليه إذا غاب مع ماله المسافة ذاتها[١].

المناقشة والقول المختار:

يقول ابن حجر الهيتمي[٢] ـ رحمه الله ـ في حديثه عن مذهب الشافعية في هذه المسألة:

«والمعتمد من اضطراب طويل بين المتقدمين والمتأخرين، أنه لا يجوز ـ أي الفسخ ـ إلا إذا شهدت بينة أنه الآن معسر عاجز عن أقل واجب النفقة والكسوة، ولا يكفي فَقْدُ خَبَرِهِ، ولا امتناعه من الإنفاق، ولا غيبته معسراً، فكل هذه ونحوها لا يجوز به فسخ النكاح، بل لا يجوز إلا إن شهدت بينة شرعية بما ذكر»[٣].

والملاحظ هنا أن ابن حجر ـ رحمه الله ـ اشترط إثبات الإعسار للفسخ، مع أن تعذر النفقة يقوم مقام الإعسار في إضراره بالزوجة، بل إن تعليل الشافعية عدم جواز الفسخ بتمكن المرأة من تحصيل حقها يشعر أن المقصود بذلك المحافظةُ على حق المرأة دون الاعتداء على حق الرجل بفسخ نكاحه إن أمكن، فإن تعين الفسخ طريقاً لَزِمَ.

---

(١) حاشية الشرواني: ٨/ ٣٣٨.

(٢) **ابن حجر الهيتمي:** (٩٠٩ ـ ٩٧٣هـ)، هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي المكي، شيخ الإسلام، شهاب الدين، أبو العباس، ولد سنة ٩٠٩هـ، درس بالأزهر، وبرع في علوم كثيرة. من مؤلفاته: تحفة المحتاج شرح المنهاج، كف الرعاع عن محرّمات اللهو والسماع، الزواجر عن اقتراف الكبائر، توفي سنة ٩٧٣هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ١٠/ ٥٤١. البدر الطالع للشوكاني: ١/ ١٠٩.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي: ٤/ ٢١٠.

أما قولهم بأن الموسر مظنة لإمكان أخذ المال منه فيجاب عنه بأنه غير منضبط؛ فقد يحتاج ذلك إلى زمن، وقد يتعذر قبل انقضاء مدة غير قصيرة، مما يلحق بالمرأة ضرراً شديداً، وأي معنى في الإعسار فوق هذا؟!

وأجاب الحنابلة عن دليل القاضي عندهم بأن الموسر إن امتنع في يوم فقد ينفق في آخر، بأن هذا القول يرد تماماً في المعسر، فقد يقترض المعسر وينفق، وقد ينقلب موسراً بإذن الله، فلا فرق بينهما، مما يقتضي التسوية في الحكم[1].

ويجاب أيضاً عن قولهم بإمكان استدانتها: بأنه قد يتعذر ذلك عليها أيضاً، وقد يمتنع الناس من ذلك وإن كان زوجها موسراً.

أما أدلة الحنفية فقد تمت مناقشتها في مسألة الإعسار السابقة، وهي أدلتهم هنا؛ لأنهم لم يفرقوا في المذهب عندهم بين معسر وممتنع، سواء أكان حاضراً أم غائباً.

أما أدلة القائلين بالجواز فيمكن مناقشتها بما يأتي:

١ ـ الأثر الذي استدلوا به عن عمر رضي الله عنه، وقد تمت مناقشته في المسألة السابقة.

٢ ـ أما استدلالهم بأن في صبر الزوجة دونما نفقة ضرراً لا يزال إلا بالفسخ، فيجاب عنه بأن الفسخ لم يتعين طريقاً لدفع الضرر عنها[2]، بل هناك طرق عدة لذلك،كأن تستدين عليه، أو أن يسجن حتى ينفق، أو أن يعزَّر بالضرب ونحوه.

٣ ـ أما القياس على الإعسار، فيجاب عنه بأن الغالب في حالة الموسر أن يقرض الناسُ زوجته ويرجعون على الزوج بذلك، فنفقتها متيسرة لهذا،

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٠.

خلافاً للمعسر الذي يتحرج الناس، بل ويمتنعون من الإقراض نظراً لإعساره، فالقياس باطل لهذا الفارق.

والقول الذي أميل إلى اختياره: إنه إذا تضررت الزوجة لتعذر النفقة وعدم وجودها بين يديها، ولم تتمكن من الحصول عليها بقضاء أو غيره ـ سواء أعرف مكان الغائب أم لم يعرف، كانت غيبته بعيدة أم قريبة، ثبت إعساره أم لم يثبت، وتعين التفريق لدفع الضرر عن الزوجة ـ فإن الحاكم يفسخ لهذه الأسباب بعد إعذاره إن أمكن، وذلك للضرورة؛ لأن مدار الفسخ على الإضرار لا على ثبوت الإعسار، والإضرار موجود ولا شك في عدم إنفاقه، وتعذر حصولها على النفقة منه وإن كان موسراً.

فيمكن القول إذاً: إن سر الفسخ هو تضرر المرأة، وليس ثبوت الإعسار، فإذا وجد التضرر، وتعذر حصولها على النفقة أو وصولها إليها، كان حكمه حكم الإعسار ولا فرق.

ويشهد لذلك مسألة المشتري المعسر؛ فإن المبيع يفسخ على المشتري إذا لم يؤد ثمن المبيع، ولا فرق بين كونه معسراً أو أن يغيب بعد أداء الثمن.

ومما يدل على أن السبب في الفسخ هو عدم الإنفاق الذي ينتج عنه الإضرار بالزوجة: أن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق، بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها، أو تبرع له آخر بدفع ما ينفقه، فلا فسخ لها.

فالامتناع عن الإنفاق يعد أحد الأعذار التي تجيز الفسخ، ويَصْلُح أن يكون علة له، ولا فرق فيه بين موسر ومعسر، ويمكن أن يصار إلى أن المناط المجيز للفسخ هو تعذر الإنفاق، وهو متحقق في حالتي الإعسار واليسار مع الامتناع عن الإنفاق، فينبغي أن يسوى الحكم بينهما، وهذا القول يتفق مع

ما جاء به الشرع الإسلامي من نفي الحرج، بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[الحج: ٧٨].

ب ـ التفصيل في مذهب المالكية والشافعية في فسخ نكاح الغائب لعدم الإنفاق:

سأذكر بشيء من التفصيل فقه المالكية والشافعية في هذه المسألة؛ لاختلاف التفصيلات في كل مذهب، وذلك إتماماً للفائدة، محاولاً التوفيق بين الأقوال المختلفة عند الشافعية.

١ ـ مذهب المالكية:

إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وتضررت المرأة من عدم الإنفاق عليها، وطلبت التفريق، فإن الزوج إما أن يكون ثابت الإعسار، أو أن يدعي الإعسار دون أن يثبته، أو أن لا يجيب بشيء.

فإن كان الزوج ثابت العسر، أو تمكن من إثبات عسره عند الحاكم، فيؤمر بالطلاق، فإن طلق فبها، وإن امتنع طلق عليه بعد الإمهال باجتهاد الحاكم بحسب ما يراه من حال الزوج، لعله يحصل النفقة في مدة الإنظار تلك(١).

فإن لم يكن ثابتَ العسر، إنما يدعي العسر فقط، فيؤمر بالإنفاق أو الطلاق، فإن طلق أو أنفق فبها، وإلا طلق عليه بلا تلوم في القول المعتمد، وقيل: يتلوم له ثم يطلق عليه.

وأما من لم يثبت عسره وهو مقر بالملاء، وامتنع من الإنفاق والطلاق، ففي ذلك قولان: الأول: يطلق عليه في الحال، أما الثاني: فيسجن حتى ينفق عليها، فإن سجن ولم ينفق طلق القاضي عليه في الحال.

(١) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥ ـ ٧٤٦.

أما إن طالبت المرأة بالتفريق لعدم الإنفاق، ولم يجب الزوج الحاكم بشيء، طلق القاضي عليه حالاً[١].

ولا فرق عند المالكية في الذي ثبت عسره وتلوم له بين أن يكون حاضراً أو غائباً[٢]، إلا أن إنظار الغائب يختلف بحسب نوع الغيبة على النحو الآتي:

أ ـ الحكم عندهم في الغيبة القريبة كثلاثة أيام: أنه إذا تضررت المرأة من عدم الإنفاق عليها فإن الحاكم يرسل إلى زوجها ويخيِّرُهُ بين أن يعود، أو يرسل النفقة، أو يطلق عليه[٣].

ب ـ أما الغيبة البعيدة كعشرة أيام[٤]، وكذلك إذا كان غائباً بحيث لم يُعلم موضعه[٥]، فإن غاب الزوج غيبة بعيدة، سواء أعلم موضعه أم لم يعلم، أسيراً كان أو غير ذلك، ولم يترك لزوجته نفقة ولا كسوة، ولا شيئاً تعول به نفسها، ولم يرجع الزوج، ولا بعث إليها بشيء، ولا قُدِرَ له على مال، ولم تُسقِط الزوجة نفقتها عنه، وطالبت بالفسخ، فإنَّ حُكْم الغائب في الطلاق لعدم الإنفاق كحكم الحاضر العاجز، وهذا القول هو المشهور في المذهب

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥١٨. حاشية العدوي: ٢/ ١٣٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨ ـ ٥١٩. حاشية العدوي: ٢/ ١٣٢. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٦. شرح الخرشي: ٤/ ١٩٨.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥.

(٤) كان الأولى أن يعبر المالكية عن هذه الغيبة بالغيبة المتوسطة لا البعيدة؛ لأن حد الغيبة المتوسطة عندهم مقدر بعشرة أيام، ينظر: ص: ٦٩.

(٥) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٦.

عندهم[١]، فإن لم يثبت عند القاضي إعساره طلق عليه حالاً وإلا تلوم له، وينظره القاضي بحسب ما يراه مناسباً، وقيل: يمهله شهراً أو شهرين أو ثلاثة أشهر، فإذا انقضت هذه المدة ولم يرجع، ولا بعث لها بشيء، ولا ظهر له مال، وأثبتت الزوجة ذلك عند القاضي، طلقها عليه، سواء أكان دخل بها أم لم يدخل[٢]. وقد فسر المالكية ثبوت الإعسار عند الغائب بعدم وجود ما يقابل النفقة بوجه من الوجوه[٣].

والقول الثاني عندهم: إن الغائب لا يطلق عليه؛ لأنه لم يستوف حجته، إلا أن القول الأول هو المعتمد[٤].

٢ ـ مذهب الشافعية:

إذا غاب الزوج الموسر غيبة غير منقطعة وتضررت الزوجة بهذا الغياب؛ لعدم الإنفاق بامتناعه عن ذلك، وطلبت الفسخ، فهل يفرق الحاكم لهذا السبب؟

اختلفت أقوال الشافعية في هذه المسألة على قولين:

ذهبوا في القول الأول منهما إلى عدم الفسخ، وهو الوجه الأصح عندهم، وهذا القول مبني على أن زوجة الغائب تستطيع أن تُحصِّل حقها بأمر الحاكم، أو بيدها إن قدرت، ويرسل القاضي الذي ترفع المرأة أمرها إليه إلى

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٧٧. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٤. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤.

(٢) منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦.

(٣) حاشية العدوي: ٢/ ١٣٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٥. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٨.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٦.

قاضي بلده يلزمه بدفع نفقتها إن علم موضعه[١]، ويدخل في هذا القسم إذا غاب وجهلت حاله يساراً أو إعساراً.

أما القول الثاني فذهبوا فيه إلى جواز الفسخ للضرورة، واختار هذا القول كثيرون، وقواه ابن الصلاح[٢].

وقال الروياني[٣]: «إن المصلحة أن تكون الفتوى به»[٤].

واستدلوا لهذا القول بالقياس على الإعسار، والقياس بالأولى على الزوج إذا كان حاضراً وماله غائب، ونفوا وجود فرق بينهما، فإن الحاضر يستطيع أن يؤمن النفقة ليسر اقتراضه، فهو مقصر بتركه، وكذلك فإن الغائب مقصر أيضاً بغيبته مع ماله دون أن يترك نفقة أو مصدراً تنفق منه، أو ترك نفقتها بالجملة.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨.

(٢) **ابن الصلاح**: (٥٧٧ ـ ٦٤٣هـ)، هو تقي الدين عثمان بن عبد الرحمن الكردي الشهرزوري، المعروف بابن الصلاح، كان إماماً في الفقه والحديث، عارفاً بالتفسير والأصول والنحو، ورعاً زاهداً، تفقه على والده ثم لازم الرافعي حتى برع في العلم، ثم رحل إلى خراسان وأقام مدة، وعاد أخيراً إلى دمشق واستوطنها، وصنف فيها كتبه ومنها: علوم الحديث، مات سنة ٦٤٣هـ. طبقات الفقهاء للشيرازي: ٢٤٦.

(٣) **الروياني**: هو القاضي أبو نصر شريح بن القاضي عبد الكريم بن أحمد الروياني، كان إماماً في الفقه وولي القضاء بآمل طبرستان، نقل الرافعي عنه في الباب الثاني من أركان الطلاق فروعاً كثيرة، وله مصنفات في المذهب، كروضة الأحكام وزينة الأحكام، مات سنة ٥٠٥هـ. طبقات الفقهاء للشيرازي: ٢٥٦. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ٢/ ٢٨٤.

(٤) أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٧. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢.

ثم إن السبب الإضافي وهو غياب الزوج إذا لم يزد الحالة قوة من أجل القول بالفسخ، فلا يؤثر في نقصها على أقل تقدير[١].

والذي يبدو لي من خلال النظر في أقوال الشافعية في حكم الفسخ لعدم إنفاق الغائب أن مؤدّى الأقوال عندهم واحد.

فقد ذهبوا في قولهم الأول ـ وهو الأصح عندهم ـ إلى أن النكاح لا يفسخ؛ لتمكنها من الحصول على النفقة عن طريق الحاكم، أو بيدها إن استطاعت.

وذهبوا في القول الثاني إلى جواز الفسخ إذا تعذر تحصيل النفقة منه.

من هنا يظهر أن الشافعية عللوا في قولهم الأول عدم جواز الفسخ بتمكنها من الحصول على حقها، ومقتضى ذلك أنه إذا تعذر عليها استيفاء حقها، ولم تتمكن من الحصول عليه، أن لا يمتنع الفسخ، وهذا لا يخالف مضمون القول الثاني الذي أجاز الفسخ حال التعذر والضرورة، فإذا تمكنت من الحصول على النفقة فليس ثمة ضرورة، وهو مضمون القول الأول.

وهذا التوفيق يناسب ما جاء عند الشافعية من القول بأن من حضر وغاب ماله، فإن كان المال بمسافة القصر، فلها الفسخ.

وخلاصة ما تقدم: أن الشافعية علقوا جواز الفسخ في مختلف حالاته بالضرر الواقع على المرأة، وتعذر الحصول على النفقة لإعسارٍ، أو بُعد مالٍ، أو غياب زوج.

أما الحالة التي يثبت فيها إعسار الغائب، فإن الوجه الأصح عند الشافعية أن يفسخ لذلك[٢].

---

(١) حاشية الشرواني: ٨/ ٣٣٨.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٩٣.

ج ـ شروط التفريق لعدم الإنفاق:

اشترط الفقهاء القائلون بالتفريق لعدم الإنفاق عدة شروط لابد من توافرها ليصار إلى الحكم بالتفريق، بعض هذه الشروط متفق عليها، وبعضها الآخر مختلف فيها، وبيانها فيما يأتي:

١ـ أن لا تجد الزوجة مالاً ظاهراً للزوج، بحيث يتعذر عليها الإنفاق من مال الزوج، سواء بأخذ نفقتها بنفسها، أو عن طريق حكم قضائي، فإن كان له مال فلا خيار لها؛ لأن الخيار بالفرقة ثبت لها لدفع ضرر الهلاك عنها، فإذا أمكن إزالة الضرر عن طريق توافر مال لزوجها تستطيع الإنفاق منه ارتفع هذا الحق الذي ثبت لها[1].

وقد نص الشافعية في الأظهر عندهم على أن ماله الظاهر إن كان قريباً فلا فسخ، أما إن كان بعيداً عنه مسافة القصر فأكثر، فللزوجة طلب الفسخ، ولا يلزمها الصبر للضرر[2].

٢ـ ثبوت إعسار الزوج بالنفقة، وهذا ما اشترطه الشافعية[3] في الأصح، والحنابلة[4] في قول القاضي، فإذا ثبت إعساره بالبينة، أو بتصديقه لها، حكم القاضي بالتفريق، وإلا لم يفرق بينهما ذلك أن أساس التفريق لعدم الإنفاق هو الإعسار.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٠. الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر: ٤/ ٢١٠. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٧.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

وخالف ذلك المالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية الخرقي[١]، فلم يشترطوا ثبوت إعساره، وقالوا بالتفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وإن كان موسراً.

٣ـ أن يعسر الزوج، أو أن يمتنع عن أقل النفقة ـ على الخلاف السابق ـ وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنية؛ ذلك أن حق التفريق إنما ثبت لها ضرورة دفع الضرر عنها، وهذا الضرر لا يتحقق إلا بعجز زوجها عن أقل النفقة، لا عن النفقة الواجبة لها عليه[٢]، وقد مر بيان حد الإعسار المبيح للفسخ[٣]، والإعسار يشمل الإعسار بالطعام والكسوة؛ لأن الحياة لا تقوم إلا بهما، أما المسكن فقد ذهب الشافعية في الأصح، والحنابلة في رواية، إلى القول بالتفريق للإعسار بالمسكن؛ لأنه لا بد منه[٤].

أما القول الثاني عند الشافعية والحنابلة، فقد ذهبوا فيه إلى عدم التفريق للعجز عن المسكن؛ لأن الحياة تقوم دونه، والمسكن غير ضروري للإبقاء على الحياة[٥].

٤ـ أن لا تكون النفقة ماضية، فإذا امتنع الزوج عن النفقة الماضية فليس لها الفسخ إذا ما طالبت بما مضى من نفقة، فيجب أن تكون النفقة حاضرة[٦]؛

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. حاشية البجيرمي: ٤/ ١٧. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٣٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٢) فتح الرحيم المالك على فقه الإمام مالك للشنقيطي: ٢/ ٩٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧ ـ ١٧٨. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٤. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٢.

(٣) ينظر: ص: ١٧٩من هذا المطلب.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٩. حاشية البجيرمي: ٤/ ١١٧. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٥. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٨ ـ ١٧٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ٦٣.

(٦) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥. مغني المحتاج للشربيني: =

لأن الفسخ إنما ثبت لها من أجل المحافظة على حياتها، وهذا إنما يكون بالنفقة الحاضرة لا النفقة الماضية؛ إذ هي دين يقوم البدن دونها كسائر الديون، وتبقى النفقة الماضية ديناً في ذمته تستوفيه منه حال يساره؛ لأنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة[(١)]، وهذا قول الشافعية، وقول عند الحنابلة[(٢)].

أما المالكية، والحنابلة في قول القاضي[(٣)]، فقد ذهبوا إلى أن الإعسار بالنفقة يسقطها مطلقاً، ولا ترجع الزوجة عليه بها بعد يسره، فالعسر عندهم يسقط النفقة في زمنه.

ونص المالكية على أن نفقة المستقبل كالحاضرة، فإذا أراد الزوج السفر، وعجز عن دفع النفقة المستقبلية، فلها المطالبة بها، إنما لا يلزمه التطليق في الحال، بل بعد مضي مدة إذا طالبت بذلك في غيابه[(٤)].

٥ ـ أن لا تسقط الزوجة حقها في النفقة، فإذا رضيت بالإقامة مع زوجها المعسر أو الممتنع عن الإنفاق، وقبلت بذلك وقت العقد، أو تزوجته عالمة إعساره، أو لم تعترض على ذلك بعد العقد صراحة أو ضمناً، فليس لها الفسخ بعد ذلك عند المالكية[(٥)]، إلا أنهم استثنوا من ذلك أن يكون الزوج من السائلين

= ٥/ ١٧٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٤٥٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٧.

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٣.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٣. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠٨.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٦٦. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠٨.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٥.

(٥) المراجع السابقة، وينظر: التفريع لابن الجلاب البصري: ٢/ ٨٠.

الطائفين بالأبواب، فترضى به ثم يترك السؤال، أو أن يشتهر الفقير بإعطاء الناس إياه ما ينفقه وينقطع عطاؤهم عنه، فلها الفسخ عندها، وقد أنزل المالكية اشتهاره بالعطاء منزلة اليسار(١).

وخالف الشافعية والحنابلة المالكية(٢) في هذا الشرط، فإسقاط الزوجة حقها في النفقة غير مؤثر عندهم، ويستمر الحق لها بطلب الفسخ إذا أعسر الزوج بالنفقة، وإن رضيت قبل ذلك بفقره وعسره وعدم إنفاقه، ولا أثر لقولها: رضيتُ بذلك؛ لأنه وَعْدٌ لا يلزم الوفاء به، ومبنى ذلك عندهم أن وجوب النفقة يتجدد كل يوم، وكذلك الضرر، مما يجدد حقها في الفسخ.

واستدلوا لذلك أيضاً بأنه ليس للمرأة إسقاط حقها قبل وجوبه، قياساً على إسقاط شفعتها قبل البيع(٣)، فإذا أسقطت الزوجة النفقة المستقبلية فليس لها ذلك، وإذا استمر وجوب النفقة لم يسقط الفسخ الثابت لعدمها.

٦ـ أن تنقطع النفقة عن الزوجة مدة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه المدة على النحو الآتي:

ذهب المالكية إلى التفصيل، وذلك بالنظر إلى نوع الغيبة وحال الزوج من يسار وإعسار، فإذا ثبت للقاضي إعسار الزوج الغائب في غيبةٍ بعيدةٍ فإن القاضي

---

(١) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥. فتح الرحيم المالك للشنقيطي: ٢/ ٩٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨١. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٨.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠٧.

ينظره الوقت الذي يراه مناسباً، وقيل: يمهله شهراً، أو شهرين، أو ثلاثة أشهر، وإلا فإذا كان إعسار الزوج غير ثابت فإن القاضي يطلِّق عليه حالاً[١].

أما في الغيبة القريبة ـ كثلاثة أيام ـ فإن الحاكم يرسل إلى زوجها، ويخيِّره بين أن يعود أو يرسل النفقة أو يطلق، فإذا برهن الغائب على إعساره أمره الحاكم بالطلاق، فإن امتنع طلق عليه بعد الإمهال باجتهاد الحاكم حسبما يراه من حال الزوج لعله يحصل النفقة في تلك المدة[٢].

أما الشافعية فقد اشترطوا للحكم بالتفريق أن تنقطع النفقة مدة ثلاثة أيام في الأظهر، فيمهل الزوج هذه المدة وإن لم يطلبها، وهي مدة قريبة يتوقع فيها القدرة على الإنفاق بقرض أو غيره، فإن انقضت هذه المدة ولم ينفق كان للزوجة أن تفسخ في صبيحة اليوم الرابع[٣]، وهناك قول آخر في المذهب حددوا فيه المدة بيوم واحد[٤].

وذهب الحنابلة في المذهب إلى الفسخ فوراً من غير انتظار، وقيل: إن طلب الزوج الإمهال أجيب إلى ذلك، وأنظر ثلاثة أيام، فإن أنفق في الرابع فلا فسخ، وإلا حكم القاضي بالفرقة[٥].

---

(١) منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦. وينظر: القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٤.

(٢) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥ ـ ٧٤٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٠ ـ ١٨١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٤١. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٢٥.

(٤) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليها: ٧/ ٢١٥ ـ ٢١٦.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٨٤ ـ ٣٨٦.

ـ صاحب الحق في التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب:

الزوجة هي صاحبة الحق في هذه الفرقة؛ لأن الإنفاق حقها، والفرقة إنما ثبتت دفعاً للضرر عنها، فكان الحق فيها لها، ولذلك لا يستوفى ولا يحكم بالتفريق إلا بناءً على طلبها، كالفرقة بسبب عُنَّة الزوج، فإذا لم تطالب الزوجة بالتفريق لم يكن للقاضي أن يفسخ نكاحها، وإن فعل فقضاؤه باطل؛ لأنه حقها، ولا يستوفى إلا بطلبها؛ ولأنها قد ترى البقاء مع زوجها رغم عدم إنفاقه، فلا يجبر على الفرقة[١].

ـ نوع الفرقة لعدم الإنفاق:

إذا ثبت حق التفريق للإعسار، أو لعدم الإنفاق، فلا بد من الرفع إلى القاضي حال وجوده وعدم تعذر الوصول إليه؛ لأن حكم التفريق لعدم الإنفاق مختلف فيه[٢]، ووجوب الرفع حال الإمكان لا خلاف فيه عند الفقهاء القائلين بجواز التفريق بين الغائب وزوجته لعلة عدم الإنفاق، فإن لم تتمكن الزوجة من رفع أمرها إلى القاضي، فقد نص الشافعية على أنها إن استقلت بالفسخ عندها، لعدم وجود قاض أو محكم في منطقتها، أو وُجِدَ وعجزت عن الرفع إليه، جاز فسخها للضرورة، وينفذ ظاهراً وباطناً[٣]، ويقوم مقام الحاكم عند المالكية جماعة من المسلمين العدول، بل يُكتفى بواحد منهم[٤].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨ ـ ٥١٩. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٢. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١. المهذب للشيرازي: ٢/ ٤٨. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧٠. فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٥٨.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٥.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩.

إلا أن الفقهاء ـ القائلين بالتفريق ـ اختلفوا في تحديد نوع هذه الفرقة على قولين: فهي إما طلاق رجعي، وإما فسخ.

فذهب المالكية إلى القول بأن الفرقة بالإعسار طلاق رجعي؛ لأن القاعدة عندهم ـ وكما مر سابقاً ـ أن كل طلاق أوقعه الحاكم بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة[١].

ويقاس على طلاق المعسر الطلاق على الغائب لعدم الإنفاق؛ لأن له المعنى ذاته، وقد صرح المالكية بأن حكم الغائب في الطلاق كحكم الحاضر[٢].

وأما الشافعية[٣] والحنابلة[٤] والزيدية[٥]، فقد ذهبوا إلى القول بأن هذه الفرقة هي فسخ لا طلاق؛ لأن العجز عن النفقة ـ وكذلك عدم الإنفاق ـ عيب كالعُنَّة والجَبِّ، وهذا الفسخ لا يكون إلا عن طريق الحاكم الذي يفسخ بناءً على طلبها، أو أن تفسخ الزوجة بأمر الحاكم، إلا أن يأمر القاضي الزوج بالطلاق بعد امتناعه عن الإنفاق، فإن طلق الزوج أول طلقة، أو كان أقل من ثلاث، كان رجعياً، وإلا فهو بائن.

والرأي المختار هنا: أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق؛ لأنها فوق إرادة الزوج، كالفرقة في حالة التضرر بغياب الزوج، وثمرة الخلاف هنا تبدو أيضاً في احتساب التطليقات.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. حاشية الصاوي: ٢/ ٤٧٦. كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ٢/ ١٢١. التفريع لابن الجلاب البصري: ٢/ ٨٠.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٩٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٤.

(٥) البحر الزخار للمرتضى: ٣/ ٢٧٧.

مسألة ـ التبرع بالنفقة للزوجة:

وصورة هذه المسألة أن يتبرع أحدهم بنفقة زوجة الغائب التي تضررت من عدم إنفاق زوجها ورفعت أمرها إلى القاضي، فهل يستجاب طلبها بالتفريق لعدم الإنفاق بعد هذا التبرع؟

ذهب المالكية في المعتمد[١] عندهم إلى أن الزوجة إذا غاب زوجها وأثبتت ذلك، وأثبتت عدم وجود ما تنفق منه على نفسها، فتبرع بنفقتها أحد ما، سواء أكان أجنبياً أم غيره، فلا حق لها في طلب التفريق؛ لارتفاع سببه، وهو عدم وجود النفقة وقد وجدت.

أما القول الثاني عند المالكية[٢] فذهبوا فيه إلى أن حقها بالتفريق لا يسقط؛ لأن هذا الحق ثبت بإعسار الزوج، ولا يرتفع بالتبرع بالنفقة.

وفرق الشافعية[٣]، والحنابلة في المذهب عندهم[٤] في هذه المسألة بالنظر إلى المتبرع بالنفقة:

- فإن كان من تبرع بالنفقة أصلاً للزوج، أو ولداً له، فلا حق لها في الفسخ على الأوجه عند الشافعية، وهو الصحيح كما قال النووي.
- أما إن كان غير هؤلاء، فلا يلزمها القبول، ولها الحق في الفسخ.

---

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٩٩. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٥. المعيار المعرب للونشريسي: ٤/ ١٩.

(٢) شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١. وينظر: حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٦. حاشية البجيرمي: ٤/ ١٠٠.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٥، ٣٠٢، ٤٧٧. الإنصاف للمرداوي: ٥/ ١١٩.

وسبب التفريق أنه إذا تبرع بالنفقة أحد سوى أصل الزوج أو ولده كان فيه مِنَّة عليها، ولا يلزمها قبول منة أحد[١]، وذلك قياساً على ما إذا كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه، فلا يلزمه القبول لما فيه من منة للمتبرع.

أما الوجه الثاني عند الشافعية، فذهبوا فيه إلى أنه لا خيار لها؛ لعدم تضررها بفوات النفقة لأن المنة على الزوج لا عليها[٢].

القول المختار:

وما أميل إلى اختياره في هذه المسألة: أن التبرع بالنفقة يسقط حقها في طلب التفريق؛ لأن السبب في إعطائها هذا الحق هو عدم الإنفاق، وقد ارتفع هذا السبب؛ لارتفاع الضرر الناشىء عنه من جوع وعري، وما فيه من هلاك متوقع للنفس، وذلك كله يرتفع من خلال التبرع بالنفقة؛ والمنة لا تلحق بها، إنما تلحق بمن هو مكلف بالإنفاق عليها؛ لأنه مقصر في ذلك.

ثم إن المنة هذه، لو سُلِّمَ لحاقُها بها، فإنها لا تداني الضرر اللاحق بالزوج المترتب على التفريق، وذلك بإنهاء زواجه وما يترتب عليه من آثار.

النقطة الثانية ـ التفريق لعدم الإنفاق في القانون:

اتفق القانونان السوري والمصري على جواز التفريق القضائي بين الزوجين لعدم الإنفاق، عملاً بمذهب الجمهور.

وكان عمل المحاكم الشرعية في مصر إلى ما قبل عام ١٩٢٠م يستند إلى مذهب الحنفية القائلين بخلاف ذلك، واستمر العمل بمذهب الحنفية إلى أن صدر القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠م فنص في مادته الرابعة على ما يأتي:

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٢ ـ ٢١٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨١.

«إذا أعسر الزوج عن الإنفاق على زوجته بأن كان له مال ظاهر، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر، ولم يقل: إنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الإنفاق، طَلَّق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز، فإن لم يثبته طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك»[١].

وقد خصص هذا القانون مادته الخامسة للتمييز بين الغيبة القريبة والبعيدة، واشترط إعلام الزوج، وفيما يأتي نص هذه المادة:

«إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر، أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها، ولم يحضر للإنفاق عليها، طلقها عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل، أو كان مفقوداً وثبت أن لا مال له تنفق الزوجة منه، طلق القاضي عليه في الحال، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة»[٢].

ومع أن القانون قد اعتمد في هذه المادة على المذهب المالكي، إلا أنه أجمل فأعطى الغائب غيبة بعيدة الحكمَ ذاته، سواء أثبت إعساره أم لم يثبت عند الحاكم، وقد مر أن المالكية يقولون بالطلاق دون تلوم في الحالة التي لا يثبت فيها إعساره عند الحاكم، على حين يتلوم له إن ثبت إعساره[٣].

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ١٥٩. الأحوال الشخصية لأبي زهرة: ٤١٢ ـ ٤١٣.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. بلغة السالك للصاوي: ٢/ ٧٤٥.

وحدد القانون المصري نوع هذه الفرقة في المادة السادسة من القانون الصادر في عام ١٩٢٩ والتي جاء فيها:

«تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق أثناء العدة، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة»[(١)]، ومصدر القانون في هذه المادة هو المذهب المالكي.

أما القانون السوري فقد نص على جواز التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته أو أعسر، وذلك في المادة /١١٠/ من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها:

«ف١ ـ يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة.

ف٢ ـ إذا أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما»[(٢)].

والقانون في هذه المادة يشترط عدم وجود مال ظاهر للزوج لإيقاع التفريق، فإن كان له مال حكم القاضي بالإنفاق على الزوجة من هذا المال، حاضراً كان أم غائباً؛ لأن الإنفاق على زوجته واجب عليه، ولا حاجة عندها لإيقاع الطلاق لزوال موجبه.

---

(١) أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية لعبدالله: ٤١٤ ـ ٤١٥. الأحوال الشخصية لعبد الحميد: ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي: ٧/ ٥١١. قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٥٩٦. وينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٤٨٤، الزواج والطلاق وآثارهما لهمج: ١٢٤. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. الصابوني: ٢/ ٨٣.

أما إذا لم يكن له مال ظاهر، فإن كان الزوج حاضراً ولم يثبت عجزه فرق بينهما حالاً، وإن أثبت عجزه أمهله القاضي مدة لا تتعدى ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق خلالها فرق القاضي بينهما، وكذلك الأمر إذا كان الزوج غائباً ولم يكن له مال ظاهر، فيمهل ثلاثة أشهر أيضاً، فإن أنفق، وإلا فرق بينهما.

وقد استمد القانون هذا من القول المعتمد في المذهب المالكي(١)، أما المدة فقد تعددت أقوال المالكية فيها، فقيل: شهر، وقيل: شهران، وقيل: من غير تحديد، إنما تكون وفق ما يراه الحاكم، وقد حددها القانون المصري بشهر، أما القانون السوري فقد حددها بثلاثة أشهر.

ونص القانون السوري على نوع هذه الفرقة في المادة /١١١/ من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها:

«تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق»(٢).

فإذا حكم القاضي بالتفريق لعدم الإنفاق، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً، فيمكنه أن يراجع زوجته حال توافر الشروط الآتية:

١ ـ أن يراجعها قبل مضي مدة العدة، وإلا فليس له ذلك؛ لبينونتها بعد انقضاء العدة.

٢ ـ أن يثبت يساره، وأن يبدي استعداده للإنفاق، وهذا موافق للمذهب المالكي.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥.

(٢) المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للداغستاني: ١/ ٣٠٢. قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٦٠٠.

ويلاحظ على هذا القانون ما يأتي:

أ ـ نصت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري على أن المذهب الشافعي ومذهب أحمد هما مرجع القانون في مسألة التفريق لعدم الإنفاق، وهذا كلام غير دقيق؛ لأن البحث يظهر ـ من خلال ما تقدم ـ أن مرجع القانون هو المذهب المالكي بشكل أساسي.

ب ـ لم يفرق القانون بين امتناع الزوج عن الإنفاق مع يساره وحالة امتناعه مع عدم قدرته، وهو بذلك يوافق المذهبين المالكي والحنبلي، ويخالف الشافعية الذين قالوا بعدم الفسخ بامتناع الموسر.

ج ـ لم يميز القانون في حالة الغياب بين غائب معلوم المكان وآخر مجهوله، وبين غيبة بعيدة وأخرى قريبة، فأعطى الغائبَ الحكم ذاته في هاتين الحالتين، خلافاً للمذهب المالكي الذي فرَّق بين هذه الحالات، وكان الأولى بهذا القانون أن يُفَصِّل في ذلك فيفرِّق بين معلوم المكان ومجهوله؛ لأنَّ ذلك يؤثر في إعلام الغائب وإنذاره بالإنفاق أو الطلاق.

وقد علق الدكتور السباعي ـ رحمه الله ـ على إمهال القانون للغائب مدة ثلاثة أشهر بأن ذلك لا معنى له في حالة الغائب مجهول المكان إذا كانت غيبته بعيدة، إلا الإطالة على الزوجة[1]، وهذا الاعتراض يمكن أن يرد عليه بأن في الإمهال فائدة، وهي أن يعود الزوج فيها، أو أن يرسل النفقة، أو أن تتمكن الزوجة من معرفة مكانه ومراسلته، فإذا كان في إمهال من ثبت إعساره فائدة رجاء تحصيله النفقة فكذا هنا، ولكن حبذا لو ميز القانون في المدة، فحدد

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي: ١/ ٢٤٠.

للغائب إذا كان مجهول المكان وكانت غيبته بعيدة شهراً واحداً، وصرف مدة الأشهر الثلاثة إلى الغائب إذا كان معلوم المكان.

وقد أهمل القانون أيضاً وجوب إنذار الزوج، وإمهاله مدة كافية للعودة أو الإنفاق، أو لأخذها إليه، وإلا فالطلاق إن لم يعد أو ينفق، وهذا يؤكد قصده الإضرار بزوجته من خلال غيابه عنها وعدم إنفاقه والإنذار والإمهال فيهما مصلحة المحافظة على الحياة الزوجية برجوع الزوج أو إنفاقه، فكان يحسن بهذا القانون أن يلاحظ ذلك، وأن يُضَمِّن هذا التفصيل ثنايا مواده.

د ـ لم يتطرق القانون لبيان حال الزوجة، وإمكان إنفاقها على نفسها من مالها، وكان الأَوْلى بهذا القانون أن يفرِّق بين الزوجة الغنية والمُعْدَمة، ذلك أن الأُولى تستطيع الإنفاق على نفسها، وتكون نفقتها المؤخَّرة ديناً على الزوج، وبذلك ينتفي الضرر إن كان سببه عدم الإنفاق فقط، ويزول السبب الذي جاز التفريق به.

هـ ـ حدد القانون بعض القيود لإيقاع الفرقة: بأن يمتنع الزوج عن الإنفاق، وأن لا يكون له مال، وحبذا لو أضاف إلى ذلك أن تعجز الزوجة عن الاستدانة عليه كما جاء عند الحنابلة(١).

و ـ لم يتعرض القانون لرأي الزوجة إن رضيت بمراجعة زوجها وهو معسر، فينبغي الرجوع في هذه المسألة إلى الراجح من المذهب المالكي والحنبلي، لا إلى المذهب الحنفي الذي نصت المادة /٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على وجوب العمل بالراجح منه فيما لا نص عليه في القانون؛ لأن المذهب الحنفي لا يقول بالتفريق أصلاً.

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٩١.

*** المطلب الثالث ـ الآثار المترتبة على التفريق للغيبة ولعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والقانون:**

يترتب على القول بالتفريق بسبب الغياب عدة آثار متعلقة بالمهر والمتعة، والعدة ونفقة العدة، وحقه في الرجعة، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً ـ المهر والمتعة:

أ ـ المهر: المهر هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة على أنه هدية لازمة، وعطاء واجب(١).

وللمهر أسماء عديدة ورد كثير منها في القرآن الكريم، منها: الصداق، والنحلة، والأجر، والفريضة، والعقر، والنكاح، وغير ذلك(٢).

أدلة وجوبه:

١ ـ **من القرآن الكريم**: قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[النساء: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[النساء: ٤].

٢ ـ **من السنة**: قوله ﷺ لمن أراد أن يتزوج: **(التمس ولو خاتماً من حديد)**(٣).

والنقطة التي ينبغي بيان حكمها في هذه المسألة هي أثر الحكم بالتفريق لزوجة الغائب على المهر، وسأبين ذلك في هاتين الحالتين:

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي: ٧/ ٢٥١. شرح قانون الأحوال الشخصية، د. الصابوني: ١/ ٢٦٤.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦١١. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٢.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب السلطان ولي، حديث: ٥١٣٥، من حديث: سهل بن سعد رضي الله عنه.

الحالة الأولى ـ أن يقع التفريق بعد الدخول الحقيقي بالزوجة:

الحكم هنا أن المهر يجب كاملاً لزوجة الغائب، سواء أكان مهرَ المثل أم المهر المسمى، وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء[1]، فهم متفقون على وجوب المهر كاملاً للزوجة بعد الدخول بها، بدليل قوله تعالى: ﴿أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[النساء: ٢٠ ـ ٢١]، وقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[النساء: ٢٤].

وإذا ثبت المهر وتأكد بالدخول لم يعد قابلاً للسقوط بحال إلا بالتنازل عنه، وهذا مجمع عليه[2]، فإذا ما طرأ على عقد الزواج طارىء كالفرقة مثلاً ـ طلاقاً كانت أم فسخاً ـ فإن المهر ثابت واجب في ذمة الزوج، ولا تأثير لهذا الطارىء عليه أبداً؛ لأنه مادام ثابتاً بعد أن تأكد لم يعد قابلاً للسقوط أو للتنصيف.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك في المادة /٥٣/ والتي جاء فيها: «يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح، سواء أسمي عند العقد أم لم يُسَمَّ، أو نفي أصلاً»، وبينت القاعدة القانونية رقم /٢٦٦/ أن المهر يتأكد بالدخول[3].

---

(١) اللباب للميداني: ٢/ ١٤٨. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٣. الإشراف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٧١٦. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٥. المهذب للشيرازي: ٢/ ٥٧. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٥٨٧. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٣٠. مختصر الخرقي: ١٠٠.

(٢) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي أبو جيب: ٢/ ٩٧٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٧٠.

(٣) المرشد في قانون الأحوال للإستانبولي: ١/ ٢٨٥. وينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي: ١/ ١٨٧.

ولكن: **هل تأخذ الخلوة الصحيحة حكم الدخول مما يوجب كمال المهر؟**

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: ذهب الحنفية[١]، والشافعية في القديم[٢]، والحنابلة[٣] إلى أنها تأخذ حكم الدخول، فيتأكد المهر كاملاً بها.

الثاني: وهو للمالكية[٤] والشافعية[٥] في المعتمد عندهم، وقد ذهبوا فيه إلى أن الخلوة لا تقرر كامل المهر.

فعلى القول الأول يأخذ حكمُ التفريق بعد الخلوة حكمَ التفريق بعد الدخول، أما على القول الثاني فيأخذ حكمَ التفريق قبل الدخول.

وقد أخذ القانون السوري بقول الحنفية، وعدَّ الخلوة الصحيحة بحكم الدخول في إيجاب المهر كاملاً[٦].

الحالة الثانية ـ أن يقع التفريق قبل الدخول:

والمهر هنا لم يتأكد بعد، فقد يسقط كلياً أو جزئياً، بحسب نوع الفرقة الطارئة على عقد الزواج، وهذه الحالة لا تخلو أن تكون إحدى صورتين:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٩١. الهداية للمرغيناني: ١/ ٢١٢.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ٥٧.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٢٨٣. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١١١.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٥.

(٥) الوسيط للغزالي: ٥/ ٢٢٦. حاشية البجيرمي: ٣/ ٤٠٨.

(٦) المادة / ٥٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري. وينظر: المرشد في قانون الأحوال للإستانبولي: ١/ ٢٦٥.

الصورة الأولى: أن يقع التفريق قبل الدخول في نكاح فيه مهر مسمى، فهل يجب للزوجة هنا نصف المهر أم لا يجب لها شيء؟.

الحكم في هذه المسألة يختلف بناءً على نوع الفرقة، فإن كانت الفرقة فسخاً من جهتها، أو بسببها واختيارها، فإن الفسخ يسقط المهر كاملاً، وإذا سقط المهر تعذر تنصيفه حكماً؛ «ذلك أن الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لإزالة الضرر الحاصل، فإذا وقع قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين إلى ما بذله سليماً كما خرج منه، فلا حق لها في غيره، بخلاف الطلاق وما في معناه، كالخلع ونحوه، كالانفساخات القهرية التي يحصل بها ضرر، وإن لم يكن ظاهراً فإنه يحصل للمرأة بذلك انكسار وضرر، فجبره الشارع على إعطائها نصف المهر أو المتعة في حال عدم تسمية مهر»[١].

أما إذا كان الفسخ بسبب من جهته، وكذا كل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة، فإن الواجب في مثل هذه الحالة أن ينصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة: ٢٣٧]، ولأنها فرقة انفرد الزوج بها قبل الدخول، فتنصف المهر بها كالطلاق.

والفرقة بسبب الغياب للضرر، ولعدم الإنفاق، هي فرقة فسخ عند الشافعية[٢] والحنابلة[٣]، والقاعدة عندهم: أن كل فرقة جاءت من قِبَلِها، كإسلامها، وفسخها لعيبه أو لإعساره، وفسخه لعيبها، فإنه يسقط بها مهرها، ولا متعة لها[٤].

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٢٨٠.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٠.

(٤) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٢٧٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٩ ـ ١٥٠. المبدع =

وبناءً على ذلك فإن المهر يسقط كله دون أن يتنصف عند الشافعية والحنابلة في مسألة التفريق لعدم الإنفاق إذا كانت المرأة مكنت زوجها من نفسها تمكيناً تاماً[١]، بأن سلمت نفسها، أو أظهرت استعدادها لتسليم نفسها حتى تكون النفقة واجبة لها عليه، وكذلك فإن المهر يسقط كله أيضاً عند الشافعية والحنابلة في مسألة التفريق للضرر الناجم عن غياب الزوج، وسبب سقوط المهر كاملاً في هاتين الفرقتين أن التفريق تم فيهما بطلبها واختيارها.

بل إن الفسخ عند الشافعية والحنابلة إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه، سواء أكان من الزوج أم من المرأة؛ لأن الفسخ إن كان من جهة المرأة، كانت الفرقة من جهتها، فيسقط مهرها، وإن كان الرجل هو الذي فسخ، إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة، فصار كأنها اختارت الفسخ[٢].

وقد صرح الشافعية والحنابلة بأن الفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعاً هو من جهة الزوجة[٣]، فيقاس على ذلك التفريق للغياب ولعدم الإنفاق؛ لأنه بمعنى الإعسار.

أما المالكية فقد رأوا أن الفرقة بسبب الضرر المترتب على الغياب طلاق

= لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٦١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٨/ ٦٨. المغني لابن قدامة: ٧/ ١٤٩. المهذب للشيرازي: ٢/ ٤٨ ـ ٥٨. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٥١٥. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٥١.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. الزحيلي: ٧/ ٧٨٩. سآتي على بحث موجب النفقة في الفصل الآتي بعونه تعالى.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ٤٨. المغني لابن قدامة: ٧/ ١٤٣.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٩ ـ ١٥٠. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

بائن[١]، وأن الفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي[٢]، وهو بائن هنا؛ لأنه وقع قبل الدخول، فالواجب هنا أن يتنصف المهر، بدلالة الآية الكريمة: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة: ٢٣٧].

وهذا ما أخذ القانون السوري به، فالفرقة للغياب ولعدم الإنفاق طلاق رجعي في هذا القانون، وقد نصت المادة /٥٨/ من هذا القانون على ما يأتي:

«إذا سمي المهر في العقد الصحيح، ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة، وجب نصف المهر»[٣].

الصورة الثانية: أن تقع الفرقة قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه مهر:

فلا يتنصف المهر في هذه الصورة أيضاً عند الشافعية[٤] والحنابلة[٥]؛ لأن الحالات التي تسقط كامل المهر تشمل هذه الحالة أيضاً، فلا يجب لها بالفسخ شيء.

وثمة قول عند الشافعية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧]، وهو مذهب الظاهرية[٨]، ذهبوا فيه إلى أن المهر يتنصف وإن كان غير مسمى؛ لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول، فلو لم يجب لما استقر بالدخول،

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩.

(٢) حاشية الصاوي: ٢/ ٤٧٦.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي: ١/ ١٩٥.

(٤) المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦.

(٥) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٦١.

(٦) المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٠. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٠٥.

(٧) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٧. المغني لابن قدامة: ٧/ ١٨٣.

(٨) المحلى لابن حزم: ٩/ ٧٣ ـ ٧٤.

فيجب نصفه بالطلاق قبل الدخول، إلا أنه وإن تنصف في حالات الطلاق، فإنه بالفسخ لا يتنصف، وهذا القول يدخل في الصورة الأولى ويأخذ حكمها.

أما على قول المالكية بأنها فرقة طلاق[1]، فليس لها شيء من المهر، ولها المتعة[2]، بدليل قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة: ٢٣٦].

ب ـ **المتعة**: وهي من الآثار المترتبة على التفريق:

والمتعة: اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها، زيادة على الصداق أو بدلاً عنه، كما في المفوَّضة[3]. والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٤١]، والحكمة منها: جبر الإيحاش الحاصل بالفراق[4].

وللمتعة حالتان:

الحالة الأولى ـ أن تقع الفرقة بعد الدخول:

ذهب الشافعية في الجديد الأظهر عندهم[5] إلى وجوب المتعة للزوجة في

---

(١) كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ٢/ ١٢١. الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: ٢/ ٢٦٣.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٩.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦. الفقه الإسلامي، د. الزحيلي: ٧/ ٣١٦. والمفوِّضة: بفتح الواو وكسرها: هي المرأة التي ينعقد نكاحها صحيحاً ولكن دونما تسمية مهر.

(٤) إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٥٦.

(٥) المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٥٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٤١٥.

هذه الحالة، وهو قول عند الحنابلة[١]، أما الحنفية والمالكية[٢] فقد قالوا باستحبابها، على حين لا تجب المتعة هنا عند الشافعية في القديم[٣]، وفي ظاهر مذهب الحنابلة[٤].

واشترط الشافعية لوجوب المتعة أن تكون مطلقة، أو أن تكون الفرقة من الزوج لا بسبب منها، فإن كانت الفرقة من جهتها كالإعسار والعيب بالزوجين جميعاً، أو بسبب ردتها ونحوه، لم تجب المتعة؛ لأنها إنما وجبت لما يلحقها من الابتذال بالعقد، وقلة رغبتها بالطلاق، وقد حصل ذلك بسببها، فلم تجب لذلك[٥].

ومقتضى ذلك: أن لا تجب المتعة لزوجة الغائب بسبب التفريق للضرر، ولعدم الإنفاق من الغائب؛ لأن هذه الفرقة حصلت بسببها وبناء على طلبها، مما يظهر رغبتها بإنهاء العقد، وبالتالي زوال السبب الذي وجبت المتعة لأجله وهو قلة رغبتها بالطلاق، وهذا عند الشافعية والحنابلة، أما المالكية فذهبوا إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة في طلاق بائن أو رجعي[٦]، بدليل قوله تعالى:

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٢) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٥٢. الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٤٢٥. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٩١.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٨. الفروع لابن مفلح،أبي عبدالله: ٥/ ٢٢١. المغني لابن قدامة: ٧/ ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٥) المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٥٦.

(٦) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٢٥. وذهب المالكية إلى أن المطلقة في طلاق رجعي لا تدفع لها المتعة ما دامت في العدة؛ لأنها وقتها ترجو الرجعة، فلا ألم عندها.

﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[البقرة: ٢٤١]، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة: ٢٣٦][(١)]، إلا أنهم استثنوا من ذلك العموم بعض النسوة فقالوا: «ولا متعة في كل فراق تختاره المرأة»[(٢)].

وبناءً على ذلك: فلا متعة إذاً لزوجة الغائب؛ لأنها اختارت هذا الفراق، وكذلك لا متعة لها عند الحنفية؛ لأن الحنفية يقولون بعدم التفريق، سواء أكان للضرر أم لعدم الإنفاق، وإن حدث وحكم بالتفريق قاض يرى جواز ذلك وأنفذه قاض آخر، فإن تعليل الحنفية يُشعر بأنه لا متعة لها؛ ذلك أن المتعة عندهم مستحبة لدفع وحشة الفراق، وقد اختارت ذلك بنفسها، فضلاً عن أن ذلك متعذر في حالة التفريق لعدم الإنفاق بسبب عجزه عن نفقتها الحالية، فكيف له أن يمتعها؟!

الحالة الثانية ـ أن تقع الفرقة قبل الدخول:

الأصل عند الشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] أن تجب المتعة قبل الدخول إن لم يُشطر المهر؛ وذلك لعدم تسميته؛ لأنها تقوم مقام نصف المهر في حق من كان مهرها مسمى، إلا أنه يستثنى من حالة الوجوب هذه ما إذا كانت الفرقة منها بسببها أو لسبب فيها.

---

(١) ووجه الاستدلال بهذه الآيات عند المالكية: أن الله تعالى خصص المتقين والمحسنين بذلك، وهذا يدل على أنها على سبيل الإحسان والتفضل مما يصرفها عن الوجوب؛ لأنها لو كانت واجبة لما خص الله بها المتقين والمحسنين دون غيرهم. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٢٥.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٩. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٩١.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٦٣٦ ـ ٦٣٧. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٥٦. الوسيط للغزالي: ٥/ ٢٦٨.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/ ١٤٨ ـ ١٥٠.

والقاعدة عندهم: أن كل فرقة جاءت من قبلها، أو بسببها، كفسخها بإعساره، أو لعيبه، وكفسخه لعيبها يسقط به مهرها ومتعتها.

لذلك لا متعة لزوجة الغائب هنا، سواء أكان مهرها مسمى أم غير مسمى؛ لأنها أتلفت العوض قبل تسليمها، فيسقط البدل كله، كالبائع الذي يتلف المبيع قبل تسليمه[1].

أما المالكية فقد فرقوا بين صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون التفريق قبل الدخول ومهر الزوجة مسمى، وهذه الصورة مستثناة عند المالكية[2] من عموم استحباب المتعة للمطلقة، وقالوا: حسبها نصف المهر المفروض بقوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[البقرة: ٢٣٧].

الصورة الثانية: أن يكون التفريق قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه مهر، وهنا تستحب المتعة لها عند المالكية، وقد مر تفصيل ذلك في الحديث عن المهر.

أما المتعة في قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نظمتها المادة /٦١/ والتي بينت الحالات التي تجب المتعة فيها، وذلك إذا وقع الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة عند عدم تسمية مهر، أو كانت التسمية فاسدة[3]، والفرقة للغياب أو لعدم الإنفاق كلتاهما طلاق في القانون السوري، مما يوجب المتعة للمطلقة في هذه الحالة.

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٢٧٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٤٩.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٢٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٠٥.

(٣) قانون الأحوال الشخصية السوري، تنسيق الإستانبولي: ١/ ٢٦٧. شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي: ١/ ١٨٩.

ثانياً ـ العدة ونفقتها:

أ ـ العدة:

عده: أحصاه، والعدة لغةً مأخوذة من العدد؛ لاشتمالها على الأشهر والأقراء[١].

وفي الاصطلاح عند الجمهور: هي مدة محددة شرعاً تتربص فيها المرأة، وتمنع نفسها عن النكاح؛ لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها[٢].

أما الحنفية فعرفوها بأنها: اسم لأَجَلٍ ضُرِبَ لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[٣].

فالعدة إذاً أثر من الآثار المترتبة على الفرقة بين الزوجين، وقد شرعت للتأكد من براءة رحم الزوجة وخلوه من أي حمل فيه؛ حتى لا تختلط الأنساب، فضلاً عن كونها تعبداً[٤].

وهذه المدة في الطلاق الرجعي تعطي الزوج فرصة كافية للنظر، عساه يراجع زوجته بعد زوال عاصفة الغضب وهدوء النفس.

---

(١) مختار الصحاح للرازي: مادة عدد.

(٢) ينظر: كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ٢/ ١٥٢. الإقناع للشربيني: ٢/ ٤٦٥. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٣٧. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٣٧. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٠٨. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٣٤٢.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ١٩٠. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢٠٠.

(٤) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٠٧. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤١١. الهداية شرح البداية للمرغيناني: ٢/ ٢٨.

وهي واجبة بدليل قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق: ٤]، وآيات أخرى[1].

وتجب العدة بعد الدخول بأحد أمرين: الطلاق أو الموت، والفسخ كالطلاق[2]، وإذا حكم بالتفريق بين الغائب وزوجته فإن هذا التفريق لا يخلو أن يكون إحدى حالتين:

الحالة الأولى ـ أن يحكم بالتفريق قبل الدخول:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول فلا عدة على المرأة مطلقاً[3]؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[الأحزاب: ٤٩]، والآية هنا لم تفرق بين غائب وحاضر، فيأخذ الغائب حكم الحاضر.

ولكن: ما هو الحكم إذا وقعت الفرقة قبل الدخول، وبعد خلوة صحيحة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ٧٨. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٤٠.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٦٨. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ١٩١. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٢٧. شرح زبد ابن رسلان للرملي: ٢٧٤. حاشية الشرواني: ٨/ ٢٣٩.

(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ٢٤٤. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٥٨. المبدع لابن مفلح أبي إسحاق: ٨/ ١١٦. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٠١.

فذهب الجمهور من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية في القديم[٣]، والحنابلة[٤]، إلى أن العدة تجب بعد خلوة صحيحة؛ لأن التمكين من الاستيفاء جعل المنفعة كالاستيفاء، فوجبت العدة لذلك.

ولما روي عن زرارة بن أبي أوفى[٥] قال: «قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً، أو أرخى حجاباً، فقد وجب المهر، ووجبت العدة»[٦].

وخالف الشافعية ذلك في الجديد عندهم وهو الأصح[٧]، وقالوا: لا تجب العدة بالخلوة فقط دون الوطء، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٠٦. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢/ ٢٤٤. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٤٠.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٦٨. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٦.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٢. التنبيه للشيرازي: ١٩٩.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤١٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١١٣. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٢٥٠.

(٥) زرارة بن أبي أوفى: هو الإمام الكبير، قاضي البصرة، أبو حاجب العامري البصري أحد الأعلام، تابعي معروف ثقة، وثقة النسائي وغيره، صح أنه لما قرأ في صلاة الفجر فإذا نقر في الناقور خر ميتاً، وكان ذلك في سنة ثلاث وتسعين. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٥١٥. الإصابة لابن حجر: ٣/ ٥٥٨.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف: ٢/ ٥٢٠، كتاب النكاح، باب قوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[النساء: ١٢٩]. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، رقم: ١٤٢٦١. وقال فيه: «هذا الحديث مرسل؛ لأن زرارة لم يدركهم».

(٧) التنبيه للشيرازي: ١٩٩. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٢. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٧٩.

نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[الأحزاب: ٤٩].

وقد نص القانون السوري على هذه الحالة في المادة /١٢٦/ والتي جاء فيها: «لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة»[١].

وظاهر من المادة السابقة أن القانون ساوى بين الدخول والخلوة الصحيحة في إيجاب العدة مستمداً ذلك من مذهب الجمهور.

الحالة الثانية ـ أن يحكم بالتفريق بعد الدخول:

اتفق جمهور الفقهاء على وجوب العدة إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، سواء أكانت فسخاً أم طلاقاً، ولم يخالف في ذلك سوى الظاهرية الذين استثنوا الفسخ، فلا تجب العدة عندهم إلا في حالة الفسخ بسبب خيار العتق[٢].

وبناءً على ذلك تجب العدة على زوجة الغائب المدخول بها باتفاق الفقهاء[٣] إذا حكم لها بالتفريق للغياب أو لعدم الإنفاق، سواءٌ أكان طلاقاً أم فسخاً، إلا أنها تختلف بحسب حال المرأة: فتارة تكون بالأقراء، وأخرى بالأشهر، وقد تكون بوضع الحمل[٤].

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية للإستانبولي: ١/ ٧٠١.

(٢) المحلى لابن حزم: ١٠/ ٢٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٠١. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٥٨. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤١٧.

(٤) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢٠١. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٥ ـ ١٥٦. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد: ٢/ ٦٦ ـ ٦٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٤١. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٠١.

فعدتها ثلاثة قروء إذا كانت زوجة الغائب ممن تحيض؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[البقرة: ٢٢٨]، وتحتسب بالأشهر إذا بلغت المرأة سن اليأس، أو كانت صغيرة لم تحض بعد، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[الطلاق: ٤].

أما إن كانت زوجة الغائب حاملاً، فإن عدتها واجبة حال الحكم بالتفريق، وتنتهي بوضع الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[الطلاق: ٤].

ولم يفرق القانون السوري بين الفسخ والطلاق في إيجاب العدة إذا وقعت الفرقة قبل الدخول، وهذا يستفاد مما نصت عليه المادة /١٢١/ من هذا القانون التي بينت عدة المرأة غير الحامل سواء أكان سبب العدة الطلاق أم الفسخ، أما عدة الحامل فقد جاءت في المادة /١٢٤/ التي حددت أنها تستمر إلى وضع الحمل أو إسقاطه[١].

ب ـ نفقة المعتدة:

قبل أن أبين أثر التفريق بسبب الغياب في وجوب نفقة المعتدة، لابد من بيان الحالات التي تجب فيها نفقة العدة في المذاهب الفقهية بشكل مختصر، وسأقتصر على المواضع المتعلقة بالبحث فقط:

أ ـ المعتدة في طلاق رجعي، حاملاً كانت أم غير حامل: تجب النفقة للمعتدة في هذه الحالة، من طعام وكسوة وسكنى عند فقهاء المذاهب بلا خلاف[٢]؛ لأن الزوجية باقية، والتمكين من الاستمتاع موجود.

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري تنسيق الإستانبولي: ١/ ٧٠١.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٤. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢٠٥. حاشية =

ب ـ **المعتدة من طلاق بائن**: ولها حالتان:

الأولى: إذا كانت المعتدة حاملاً: لا خلاف بين الفقهاء أيضاً في وجوب النفقة والسكنى لها[1]؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق: ٦].

الثانية: إذا كانت المعتدة حائلاً (غير حامل): لا نفقة لها عند المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، على حين تجب لها السكنى عند المالكية[5] والشافعية[6]، أما عند الحنابلة[7] ففي السكنى روايتان: إحداهما: تجب، والثانية: لا تجب، وهي المذهب، وخالف الحنفية الجمهور فأوجبوا لها النفقة والسكنى[8].

ج ـ **المعتدة من فراق الفسخ**: وسأبين حكمه بشكل مختصر؛ لأن الشافعية والحنابلة يعدون التفريق للغياب ولعدم الإنفاق فسخاً.

= الدسوقي: ٢/ ٤١٧ ـ ٤١٨. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٨. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢١٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٧٤. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٧.

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٤. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٥. الأم للشافعي: ٥/ ٩٥. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٨٤. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٤٠٠.

(٣) إعانة الطالبين للدمياطي: ٢/ ٦٢. المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٤.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٧. عمدة الفقه لابن قدامة: ١١٣.

(٥) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٥. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٨. فتح الرحيم المالك على مذهب الإمام مالك للشنقيطي: ٢/ ٧٨.

(٦) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٠٤. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٥.

(٧) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٧. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٨.

(٨) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١١. مجمع الأنهر لداماد أفندي: ٤/ ٤٩٥.

فرق الشافعية في المعتدة من فراق الفسخ بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون المعتدة غير حامل، فلا نفقة لها عند الشافعية، أما السكنى ففيها قولان: الأول: لا سكنى لها، والثاني: لها السكنى، وهو المذهب عندهم[١]؛ لأنها معتدة من نكاح صحيح بفرقة في الحياة، فأشبهت المطلقة؛ تحصيناً للماء.

الحالة الثانية: أن تكون حاملاً، وعندهم فيها قولان بناءً على نفقة الحمل:

فإن قيل: إن نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت نفقتها، وإن قيل: هي للحامل لم تجب، والأصح عندهم أنها تجب بسبب الحمل.

أما السكنى فإن المذهب عند الشافعية وجوبها[٢]، وقيل: لا تجب[٣].

وهناك تفصيل آخر عند الشافعية ذهبوا فيه إلى أنه إن حصلت الفرقة بما لا مدخل لها فيه، أو بسبب لا يستند إليها، كانت كالمطلقة، أما إن كانت الفرقة باختيارها، أو بسبب عيب فيها، ففيها قولان بناءً على أنها للحمل أو للحامل[٤].

أما الحنفية فخلاصة القول عندهم أنه إذا كانت الفرقة من قِبَلِهِ فلها النفقة والسكنى مطلقاً[٥]، سواء أكانت بمعصية أم لا، وإن كانت من قبلها، فإن كانت

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٦. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٣٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣١٦. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ٣٣٦.

(٤) الوسيط للغزالي: ٦/ ٢١٩.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١٦.

بمعصية فلا نفقة لها، ولها السكنى في جميع الصور، ولم يفرق الحنفية بين حامل وغيرها[(١)].

وتفيد نصوص الحنابلة أن المعتدة من فراق الفسخ لها حكم المطلقة طلاقاً بائناً[(٢)].

وبناءً على ما تقدم يمكن أن يخلص إلى أن حكم نفقة المعتدة هو الآتي:

١ـ نفقة المعتدة من التفريق للغياب:

يبنى على قول المالكية: إنَّ الفرقة في هذه الحالة طلاق بائن، أَنْ تجب النفقة لها إن كانت حاملاً، أما إن كانت غير حامل فلا نفقة لها، ولكن لها السكنى عند المالكية.

وكذلك الأمر عند الحنابلة، فإن قواعد المذهب تدل على وجوب النفقة والسكنى لزوجة الغائب إن كانت حاملاً، أما إذا لم تكن حاملاً فلا نفقة لها ولا سكنى، ومع أن هذه الفرقة هي فسخ عند الحنابلة خلافاً للمالكية، إلا أن الزوجة المفسوخ نكاحها تأخذ حكم المطلقة طلاقاً بائناً، فلا نفقة لها ولا سكنى على المذهب.

أما الحنفية والشافعية فالمذهب عندهم عدم جواز التفريق للضرر المترتب على غياب الزوج.

٢ـ نفقة المعتدة من التفريق لعدم الإنفاق:

زوجة الغائب في هذه الحالة معتدة في طلاق رجعي عند المالكية، والأصل

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٧. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١١. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٢.

(٢) الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٧.

في الحكم هنا أن النفقة والسكنى واجبة للمعتدة في هذا التفريق؛ لأنه طلاق رجعي.

إلا أن الحالة هنا يجب أن تقيَّد، فالمالكية يسقطون النفقة عن المعسر حاضراً كان أم غائباً[1]، فإذا أيسر الزوج في العدة وجبت عليه النفقة، والمقصود باليسار الموجب للنفقة أن يجد الزوج يساراً يملك به الرجعة، وإن لم يراجع بالفعل، فإن وجد فقد وجبت النفقة وإلا فلا، وهذا هو المشهور في المذهب عندهم[2]، ومقابل المشهور أنه لا نفقة لها حتى تتم رجعتها بالفعل[3].

أما عند الشافعية والحنابلة فهي معتدة من فرقة الفسخ، وبناءً على ذلك: إذا كانت زوجة الغائب التي حكم لها بالتفريق حائلاً، فلا نفقة لها ولا سكنى عندهم، وذهب الشافعية إلى وجوب السكنى لها في المذهب عندهم.

أما إن كانت حاملاً، فالشافعية في ذلك على قولين: الأول: تجب النفقة لها بناءً على القول بأن النفقة وجبت بسبب الحمل، أما الثاني: فليس لها نفقة بناءً على أن النفقة للحامل، والقول الأول هو الأصح عندهم كما مر، أما السكنى فثمة قولان فيها، وتجب لها النفقة والسكنى عند الحنابلة؛ لأنها بحكم المطلقة طلاقاً بائناً.

وهذه النفقة وإن تعذر على الزوج الغائب دفعها لإعساره، فإنها تثبت ديناً في ذمته، ولا تسقط بمضي الزمان[4].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٥٨.

(٢) مختصر خليل: ١٦٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩.

(٣) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٧.

(٤) حاشية الشرواني: ٨/ ٣٣٥.

أما نفقة المعتدة في قانون الأحوال الشخصية السوري فقد جاء تنظيمها في المادتين /٨٣ ـ ٨٤/ وقد قررت المادة الأولى منهما وجوب نفقة العدة أياً كان سبب الفراق، ولم يميز القانون بين حائل أو حامل مستمداً ذلك من الفقه الحنفي، إلا أنه خالفه بالعموم المطلق؛ حيث لم يميز بين فسخ وطلاق، فأوجب النفقة للمرأة في حالات التفريق جميعها، على حين استثنى الحنفية ـ كما بينت سابقاً ـ الحالة التي تكون الفرقة من قبل المرأة بسبب فيه معصية، فكان أولى بهذا القانون أن يميز أيضاً.

أما المادة الثانية فقد حددت تاريخ وجوب العدة، وبينت الحد الأقصى للعدة.

م٨٣: «تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ».

م٨٤: «نفقة العدة، كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر»[(١)].

ثالثاً ـ حق الزوج في الرجعة:

الرِّجعة: بالفتح والكسر، والفتح أفصح[(٢)]، وهي عند الحنفية: استدامة الملك القائم في العدة من طلاق رجعي[(٣)]، أما الرجعة عند الجمهور فهي: إعادة المطلقة طلاقاً غير بائن إلى الزوج بغير عقد[(٤)].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري، تنسيق الإستانبولي: ١/ ٤٦٣ ـ ٤٦٩. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للسباعي: ١/ ٢٠٨. المرشد في قانون الأحوال للإستانبولي: ١/ ١٦٧. الزواج وآثاره لهمج: ٤٦.

(٢) المصباح المنير للفيومي: ٢٢٠. طلبة الطلبة للنسفي: ٥٤.

(٣) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٨٠.

(٤) حاشية البجيرمي: ٤/ ٤٠. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٢٩. الكافي في فقه أهل =

وهي مشروعة لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا إِصْلَٰحًا﴾[البقرة: ٢٢٨].

أما حق الزوج الغائب في مراجعة زوجته فبيان ذلك فيما يأتي:

أ ـ في مسألة التفريق بسبب الغياب:

ليس للزوج مراجعة زوجته إلا بمهر وعقد جديدين؛ لأن الفرقة عند المالكية في هذه الحالة طلقة بائنة، وعند الحنابلة فسخ.

ولكن للغائب إذا عاد أن يتزوجها في عدتها أو بعد انقضائها؛ لأن حِلَّ الزوجة باق إذا لم يسبق له أن طلقها مرتين قبل هذا التفريق عند المالكية، وقد مُنع غيره من الزواج في عدتها لاشتباه النسب، ولا اشتباه في إباحته له[(١)].

ب ـ في مسألة التفريق لعدم الإنفاق:

للزوج الغائب مراجعة زوجته حال عودته عند المالكية؛ لأن التفريق للإعسار طلقة رجعية عندهم، ولكنهم يشترطون أن يجد يساراً في العدة من أجل الإنفاق عليها[(٢)]، وقد وضعوا حداً لهذا اليسار بأن يملك من المال ما يمكنه من الإنفاق عليها بما يليق بها، فإن كانت غنية من شأنها أكل اللحم فلا تصح الرجعة إلا إذا استطاع أن يطعمها ذلك، ولو قدر على القوت الضروري من الخبز فقط لم تصح رجعتها ولو رضيت بذلك على المعتمد عند المالكية، وقيل: تصح[(٣)].

= المدينة لابن عبد البر: ٢٩١. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٢٢٩. زاد المستقنع لأبي النجا: ١/ ١٩٣.

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٨٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. المدونة الكبرى: ٢/ ١٨٠. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩. حاشية العدوي على كفاية الطالب: ٢/ ١٣٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٦.

واشترط المالكية اليسار الكامل للرجعة، مع أنها لا تطلق عليه إذا وجد ما تيسر من خشن القوت؛ لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فلا يصار إليه إلا بعد عسر شديد، بخلاف ما لو طلقت، فإنها لا ترد إلا بيسار يناسب حالها.

وقد علل المالكية عدم صحة مراجعتها، ولو رضيت بأقل اليسار، بأن الطلقة التي أوقعها الحاكم، إنما كانت بسبب ضرر فقره، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا انتفى موجب التفريق، وهو الإعسار، والحكم يدور مع علته، لذا لابد من توافر اليسار الكامل لمراجعتها(١).

والأَوْلى أن تصح رجعته إن رضيت؛ لأن التفريق للإعسار إنما وجب لأجل حقها، ولها التنازل عنه كلياً أو جزئياً.

واختلفت الأقوال عند المالكية في قدر المدة التي يشترط استمرار يساره فيها ليكون له حق الرجعة، فقيل: له حق الرجعة إن وجد نفقة شهر، وقيل: نصف شهر، وقيل: يوم، وقيل: ما لو قدر عليه أولاً لم تطلق(٢)، غير أن المذهب عندهم إطلاق ذلك وعدم تقيده بوقت.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه ليس له مراجعتها، إنما يمكنه أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين؛ لأن التفريق لعدم الإنفاق فسخ عند الشافعية والحنابلة.

ويستثنى من ذلك الحالة التي يأمر القاضي فيها الزوج الممتنع عن الإنفاق بالطلاق، فإن طلق واحدة وأراد مراجعتها في عدتها صحت الرجعة عند

---

(١) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٩.

الشافعية[١] والحنابلة[٢]، وإن كان الزوج على إعساره، ولها طلب الفسخ ثانية.

أما الحنفية فالتفريق لعدم الإنفاق غير جائز عندهم، ولكن إن قضى به قاض يرى نفاذ ذلك وأنفذه قاض آخر، فإن قواعد المذهب الحنفي تدل على أنه فسخ لا طلاق؛ لأنَّ كل فرقة تحصل بفعل المرأة أو بسبب من جانبها تعد فسخاً[٣]؛ ولأن الفرقة من قبل المرأة لا يصح أن تكون طلاقاً؛ لأنها لا تلي الطلاق، والتفريق لعدم الإنفاق لم يكن من جانب الرجل ولا باختياره، فكان فسخاً.

❐❐❐

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٤.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٦. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٢٨٣.

الفصل الثالث
الأحكامُ الماليّةُ المتعلّقةُ بالغائب

* تمهيد:

يقصد بأموال الغائب كل ما يملكه من عقار أو منقول أو نقود أو ذهب أو فضة، وكذلك أموال المضاربة، والودائع، والديون التي تكون لدى الغير، والأشياء المؤجرة أو المعارة، إضافةً لما يستحقه من غلة الوقف إن كان له نصيب في وقف من الأوقاف، وكل ما ينتج عن أمواله وأملاكه من أرباح وغلات وثمار.

فإذا كان للغائب أي من الأموال السابقة، فإنها تحتاج إلى من يقوم بحفظها وإدارة شؤونها والإشراف عليها خشية تعرضها للهلاك أو الضياع، وذلك حرصاً على أن لا تمتد إليها يد عابث، أو تتطلع إليها نفس راغب.

ومال الغائب قد تتعلق به بعض الحقوق التي يتوجب إخراجها منه، وذلك كسداد ديونه التي يحل وقتها خلال غيابه، ونفقة زوجته وأولاده.

وسأتناول في هذا الفصل بيان الأحكام المتعلقة بالمسائل السابقة، وذلك في عدة مباحث:

المبحث الأول سأبحث فيه أحكام توكيل الغائب للغير وعزله.

وسأبحث في الثاني حكم التصرف في مال الغائب وإدارة أمواله.

أما الثالث فسأفرده للحديث عن الإنفاق من مال الغائب.

وسأتناول في الرابع حكم الشفعة الواجبة للغائب.

المبحث الأول
أحكام الغائب المتعلقة بالوكالة

* **تمهيد:**

الوكالة في اللغة: التفويض، يقال: وكله، أي: فوض إليه.

أما الوكالة شرعاً فهي: «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم»(١)، أو هي: «تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة»(٢).

وهي جائزة بالقرآن الكريم والسنة والإجماع:

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا﴾[التوبة: ٦٠].

ووجه الدلالة أن إجازة العمل على جمع الصدقات هو بمنزلة النيابة عن المستحقين(٣). وقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ﴾[النساء: ٣٥]. وإرسال الحكم يتم بناءً على أنه وكيل(٤).

وأما من السنة، فما ورد من توكيل رسول الله ﷺ لعروة البارقي رضي الله عنه(٥)

---

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣١.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٢٠١.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ١٥.

(٥) **عروة البارقي**: عروة بن الجعد، ويقال بن أبي الجعد، وصوب الثاني بن المديني وقال ابن قانع: اسمه أبو الجعد البارقي، وقيل: هو عروة بن عياض بن أبي الجعد وأن نسبه إلى جده مشهور، وله أحاديث، كان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سيره عثمان إلى الكوفة، وكان أول من قضيفيها. الإصابة لابن حجر: ٤/ ٤٨٨. تهذيب الكمال للمزي: ٢٠/ ٥.

بشراء شاة بدينار[١]، وأنه وكل أحد أصحابه في شراء أضحية[٢]، وبعث السعاة لأخذ الزكاة[٣]، وانعقد الإجماع على جواز الوكالة[٤].

وسأتناول في هذا المبحث الحديث ـ إن شاء الله ـ عن أحكام الغائب المتعلقة بالوكالة، من حيث جواز توكيل الغائب لغيره أثناء غيابه، وهل يملك الغائب عزل الوكيل؟ وهل للوكيل عزل نفسه دون أن يعلم أي منهما الآخر؟ وذلك في المطلبين الآتيين:

* * *

*** المطلب الأول ـ توكيل الغائب للغير:**

لم يشترط أحد من فقهاء المذاهب لصحة الوكالة أن يكون الموكِّل حاضراً، بل اتفقوا على صحة وكالة الغائب، وله أن يفوض إلى غيره ما له فعله مما يكون قابلاً للنيابة كالعقود، فكل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره به؛ لأنه قد يعجز عن المباشرة بنفسه في بعض الظروف، كأن يكون

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب المناقب، باب ٢٨ دون ترجمة، حديث: ٣٦٤٢ والترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب دون ترجمة، حديث: ١٢٥٨. وأبو داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، حديث: ٣٣٨٤.

(٢) أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب دون ترجمة، حديث: ١٢٥٧، وقال أبو عيسى: «حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه». وأبو داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، حديث: ٣٣٨٦. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٥٣.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٣/ ٤٥٥. البيهقي في السنن، كتاب الزكاة، باب ما على الإمام من بعث السعاة على الصدقة: ٤/ ١٠٩. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٦١.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٠٩. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٢٠١.

غائباً، أو مريضاً، وقد لا يحسن المعاملة، أو لا يجد وقتاً، لكثرة مسؤولياته، فيحتاج إلى توكيل غيره للقيام بما عجز عنه.

ويجوز للغائب التوكيل في المعاملات من بيع، وحوالة، وهبة، وكفالة، وضمان، وشركة، وإجارة، وإعارة، ومساقاة، وغيرها، كما يجوز له التوكيل في النكاح، والطلاق، والخلع، والصلح، والخصومة في سائر حقوقه، والمطالبة بها، وإثباتها، والمحاكمة فيها(١).

ولا يجوز التوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة إلا برضى الخصم، إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، وقال الصاحبان: يجوز(٢).

إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز توكيل الغائب غيره في العقوبات من جهة الإثبات والاستيفاء على النحو الآتي:

أ ـ من جهة إثبات العقوبات كالحدود والقصاص:

اختلف الفقهاء في جواز توكيل الغائب لغيره بإثبات حد أو قصاص لحقه على قولين:

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٤١. الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٩٤. درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤١٤. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢١٥. التاج والإكليل للمواق: ٧/ ١٦١ ـ ١٦٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣٠. منح الجليل لعليش: ٦/ ٣٥٧ ـ ٣٥٨. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ١٨٣. شرح ميارة للفاسي: ١/ ١٣٩. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦. فتاوى الرملي: ٤/ ١٢٩. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٥/ ٦٦. المغني لابن قدامة: ٥/ ٥٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ١٨٨.

(٢) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

القول الأول: ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى جواز توكيل الغائب غيره في إثبات سائر الحقوق، وهذا يشمل الحد والقصاص؛ لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل.

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك حد الزنا وشرب الخمر؛ لأنهما لا يحتاجان إلى خصومة فيهما، فلا حاجة للتوكيل فيه بالإثبات؛ لأنه يثبت عند القاضي بالبينة والإقرار من غير خصومة، ولا تقبل البينة فيهما إلا من الموكل[5].

واستثنى الشافعية أيضاً حدود الله تعالى، وقالوا بعدم جواز التوكيل في إثباتها؛ لأنها مبنية على الدرء، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب، إلا أن يدعي القاذف على المقذوف أنه زنا، فللقاذف عندئذ أن يوكل في إثبات زنا المقذوف ليسقط الحد عنه[6].

وخلافاً للحنفية والشافعية، فإن الحنابلة توسعوا في قولهم بجواز التوكيل في إثبات الحدود جميعها، سواء ما كان منها حقاً لله تعالى، كحد الزنا والسرقة، أو كان حقاً للعبد[7].

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٩/ ١١٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢١. فتح القدير لابن الهمام: ٥/ ٣٢٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٧٨. التاج والإكليل للمواق: ٧/ ١٦١.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٩. حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٥٢. حاشية الجمل: ٣/ ٤٠٤.

(٤) المغني لابن قدامة: ٥/ ٨٣. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ١٨٨.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢١.

(٦) روضة الطالبين للنووي: ٣/ ٥٢٦. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٩. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٥/ ٣٠٧.

(٧) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ١٨٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٣/ ٤٣٩. المغني لابن قدامة: ٥/ ٥٣.

واستدلوا لذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«واغد يا أنيس[١] إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»**، قال: فغدا عليها، فاعترفت، فرجمها[٢].

فقوله ﷺ: **«فإن اعترفت فارجمها»** يدل على أن الحد لم يكن ثبت، وقد وكل رسول الله ﷺ في إثباته[٣].

وقد أجاب الشافعية عن هذا بأنه مشكل، إلا أن يجاب بأن المراد بقوله: **«فإن اعترفت»** أي: ما دامت على الاعتراف، بناءً على أنها اعترفت، أو بلغه اعترافها[٤].

القول الثاني: ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى عدم جواز التوكيل في إثبات الحدود والقصاص من الغائب؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل، وشرط الحد لا يثبت بمثله؛ ولأن التوكيل في استيفاء الحدود لا يجوز بالاتفاق عند الحنفية، فكذلك التوكيل في الإثبات؛ لأنه وسيلة إلى الاستيفاء[٥].

---

(١) أُنَيْس: أنيس بن الضحاك الأسلمي، هو الذي أرسله النبي إلى المرأة الأسلمية ليرجمها إن اعترفت بالزنا، وروى عن النبي ﷺ أنه قال لأبي ذر: يا أبا ذر إلبس الخشن الضيق حتى لا يجد العز والفخر فيك مساغاً. الإصابة لابن حجر: ١/ ١٣٦. أسد الغابة لابن الأثير: ١/ ٣٠٢.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، حديث: ٦٨٢٨. ومسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث: ١٦٧٩. والترمذي في السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، حديث: ١٤٣٣.

(٣) المغني لابن قدامة: ٥/ ٥٣.

(٤) المبسوط للسرخسي: ٩/ ١١٤. فتح القدير لابن الهمام: ٥/ ٣٢٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

(٥) المراجع السابقة.

وأجاب الحنفية عن استدلال أبي يوسف بأن امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة، وهي منعدمة في التوكيل بالإثبات، وكذلك فإن الإثبات من جملة ما إذا وقع الغلط فيه فإن تداركه وتلافيه ممكن، لذلك كان التوكيل في مثله صحيحاً كالتوكيل في الأموال، بخلاف الاستيفاء، فإنه إذا وقع الغلط فيه تعذر التدارك[١].

ب ـ من جهة الاستيفاء:

اختلف الفقهاء في جواز توكيل الغائب من ينوب عنه في استيفاء العقوبات على قولين أيضاً:

القول الأول: ذهب المالكية[٢]، والشافعية في أظهر القولين[٣]، والحنابلة في ظاهر المذهب[٤]، إلى صحة توكيل الغائب من ينوب عنه في استيفاء القصاص والحدود، سواء أكانت حقاً لله تعالى أم للآدمي.

واستدلوا لذلك: بأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته؛ لعموم الأدلة، كالحد وسائر الحقوق.

وأجاب الشافعية والحنابلة عن احتمال عفو الغائب بأنه بعيد، ولو عفا لأرسل وأعلم وكيله بعفوه، إلا أن الأصل عدم العفو، ويشهد لذلك: أن رسول الله ﷺ كان يرسل القضاة لأماكن بعيدة في البلاد يحكمون ويقيمون

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢١. المبسوط للسرخسي: ٩/ ١١٤.

(٢) منح الجليل لعليش: ٦/ ٣٥٨. التاج والإكليل للمواق: ٧/ ١٦١ ـ ١٦٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣٠.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٩. نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٢٥. روضة الطالبين للنووي: ٣/ ٥٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة: ٥/ ٥٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٣/ ٤٤٠.

الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال نزول ما ينسخها، وكذلك فإن احتمال العفو هو كاحتمال رجوع الشهود عن شهادتهم، فلا يمنع ذلك الاستيفاء بغيبتهم، ولا يحتاط بإحضارهم(١).

أما دليلهم على جواز التوكيل في استيفاء حقوق الله تعالى، فهو توكيل النبي ﷺ أنيساً ـ المتقدم ذكره في الحديث ـ في إثبات الحد واستيفائه جميعاً(٢).

القول الثاني: ذهب الحنفية في الأرجح(٣)، والشافعية في قول(٤)، وبعض الحنابلة(٥)، إلى أن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لا يصح مع غيبة الموكل.

وأدلة أصحاب هذا القول:

١ ـ إن الوكيل يقوم مقام الموكل، والحدود تدرأ بالشبهات، فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير في ذلك؛ لأنه نوع شبهة(٦).

٢ ـ إن احتمال عفو الغائب قائم في حالة القصاص، فإن قيل بجواز استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل فإن ذلك يتم مع تمكن الشبهة؛ لاحتمال أن

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٩. نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٢٥. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٣/ ١٧٣. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ١٨٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٣/ ٤٤٠.

(٢) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٢٠٩.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥١٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٥٥. المبسوط للسرخسي: ١٩/ ٩. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٦.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٣٩. حاشية البجيرمي: ٣/ ٥٢. حاشية الجمل: ٣/ ٤٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٥/ ٣٠٧.

(٥) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٢٠٨.

(٦) المبسوط للسرخسي: ١٩/ ٩.

الموكل الغائب قد عفا عن حقه، والوكيل لا يشعر به، سيما وأن العفو مندوب[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[البقرة: ٢٣٧].

٣ـ إن احتمال الإقرار والتصديق من الغائب قائم أيضاً في حالة الحد، فقد يصدق المقذوف القاذف في قذفه، أو يكذب شهوده، وهذا لا يستوفى بحضرة الوكيل حال غيبة موكله[٢]، وهذه شبهة، وما يدرأ بالشبهات لا يجوز استيفاؤه مع تمكن الشبهة، خلافاً لسائر الحقوق التي تثبت مع الشبهات.

والقول المختار: هو جواز التوكيل من الغائب في إثبات الحد أو القصاص؛ لعموم الأدلة التي لم تفرق بين حاضر وغائب؛ ولأن الحاجة داعية إليها، فقد تتأخر عودة الغائب، مما يؤدي إلى ضياع البينة في إثبات الحد أو القصاص، أما احتمال العفو في القصاص بعد إثباته، فإن الموكل باستطاعته أن يعلم وكيله بذلك، وهو في الحدود غير محتمل بعد ثبوتها.

ثم إن عمدة القائلين بالمنع في الإثبات والاستيفاء هو مبدأ درء الحدود بالشبهات، ويجاب عن هذا بأن توكيل الغائب غيره في الإثبات أو الاستيفاء لا يتعارض مع هذا المبدأ ولا يوقف تطبيقه؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات.

* * *

* المطلب الثاني ـ عزل الموكل وكيله إذا كان أحدهما غائبا:

إذا أراد الموكل عزل من فوضه وأقامه مقام نفسه عن الأمر الذي فوضه فيه، فهل يملك هذا الحق؟

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢١. المبسوط للسرخسي: ٩/ ١١٤.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٩/ ١١٤، ٣٠/ ١٤٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ٥٥.

ليس ثمة خلاف يذكر بين الفقهاء في جواز عزل الموكل وكيله حال حضوره وعلمه بذلك[١]، كأن يقول له أثناء حضوره: فسخت وكالتك، أو رفعت تفويضك نيابة عني، وغير ذلك، وقد اشترط الحنفية والمالكية لجواز العزل أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير[٢].

أما إذا كان الوكيل غائباً عن المجلس الذي تم فيه العزل، سواء أكان حاضراً في البلد أم غائباً عنها أو كان الموكل غائباً وعزل وكيله في غيبته، فهل ينفذ هذا العزل دون علم الوكيل؟ وما هو حكم تصرفات هذا الوكيل قبل بلوغه خبر العزل؟ اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: لا ينفذ عزل الموكل وكيله الغائب دون علمه، ويعد تصرفه نافذاً فيما وكل فيه، ولا يضمن ما تصرف فيه بناءً على الوكالة.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والمالكية في القول الراجح[٤]، والشافعية في مقابل الصحيح[٥]، والحنابلة في رواية[٦]، والظاهرية[٧].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢١٦. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. المغني لابن قدامة: ٥/ ٧١.

(٢) الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٣٦. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ١٨٧.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٧. بداية المبتدي للمرغيناني: ١٦٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٨٧.

(٤) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٧٩. جامع الأمهات لابن الحاجب: ٣٩٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ٨٦.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

(٦) المغني لابن قدامة: ٥/ ٧١. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٤/ ٣٦٥.

(٧) المحلى لابن حزم: ٧/ ٩٣ ـ ٩٤.

القول الثاني: ينفذ عزل الموكل وكيله الغائب دون علمه بخبر العزل، ولا ينفذ تصرف الوكيل بعد عزله، ويضمن ما تصرف فيه.

وذهب إلى ذلك المالكية في القول المرجوح[١]، والشافعية في الصحيح[٢]، والحنابلة في رواية الخرقي، وهو الأشهر في المذهب[٣].

الأدلـــة:

أولاً ـ أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم نفاذ العزل إلا ببلوغ خبر العزل للوكيل، بالقياس والمعقول.

١ ـ من القياس:

أ ـ بالقياس على الفسخ، بجامع أن كلاً منهما رفع للعقد وقطع له، والفسخ لا يلزم حكمه قبل العلم بخبره، فكذلك العزل[٤].

ب ـ القياس على الحاضر، فعزل الموكل لوكيله الحاضر ينفذ إذا علم الحاضر بخبر العزل، فاقتضى هذا أن ينفذ عزل الغائب لوكيله شرط أن يعلم بخبر العزل عن طريق كتاب يوجه إليه؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، أو عن طريق رسول يخبره بذلك[٥].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٧٩. المقدمات الممهدات لابن رشد: ٣/ ٥٤. دليل الرفاق على شمس الإتفاق لماء العينين: ٢/ ٣١٩.

(٢) منهاج الطالبين للنووي: ٦٦. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٧١. شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٤/ ١٤٨. المغني لابن قدامة: ٥/ ١٢٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٧. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٤/ ٣٦١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٧.

ج ـ قياس الوكيل على القاضي الذي لا ينعزل حتى يبلغه خبر العزل، فيقاس الوكيل عليه؛ لأن القاضي وكيل عن الإمام، والوكيل والقاضي يؤدي مصالح موكله، وهو وكيل عن غيره[1].

٢ ـ من المعقول وذلك من عدة وجوه:

أ ـ إن تصرف الوكيل كان عن إذن، فلم ينقطع لمجرد المنع من غير علم بالمنع، كما إذا أمر الله تعالى بشيء ثم نهى عنه[2].

ب ـ إن القول بعزل الوكيل دون علم يؤدي إلى عدم الثقة بتصرفاته[3].

ج ـ إن في عزل الوكيل دون علمه خديعة وغشاً، والخديعة والغش منهي عنهما[4]، كما أن فيه إضراراً من ناحيتين:

الأولى: من ناحية إبطال ولايته نتيجة عزله دون علمه، فإنه وإن لم يلحقه ضرر ظاهر بهذا الإبطال إلا أنه يصير مكذباً شرعاً؛ لأنه يتصرف لموكله وفي ظنه أن له ولاية على ذلك بناءً على الوكالة، بل إن التكذيب بحد ذاته يعد ضرراً[5].

الثانية: من ناحية رجوع الحقوق إليه؛ لأنه قد يتصرف بعد العزل وقبل بلوغه الخبر، فتقع تصرفاته باطلة، ويلزمه ضمان ما تصرف، فإن كان وكيلاً بالشراء فإنه يضمن الثمن، وإن كان وكيلاً بالبيع وسلم المبيع ضمن ما تصرف

---

(١) البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤. شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٤/ ١٤٩.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. حاشية الشرواني: ١٠/ ١٢٣.

(٣) الوسيط للغزالي: ٣/ ٣٠٥.

(٤) المحلى لابن حزم: ٧/ ٩٤.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٣٧. المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٨٧.

به؛ لأنه فعله بعد العزل، مما يجعل التصرف عائداً له، والقول بأنه ضامن مع عدم علمه بالعزل فيه ضرر، وهو ممنوع شرعاً[١].

د ـ إن العزل خطاب ملزم، والخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به، كالحكم الشرعي إذا نسخ، فإنه لا يثبت في حق المخاطب حتى يبلغه، بدليل أن أهل قباء كانوا يولون وجوههم قبل بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى المسجد الحرام، ولم يأمرهم رسول الله ﷺ بإعادة تلك الصلوات بسبب عدم علمهم، وكذلك فإن كثيراً من الصحابة شرب الخمر بعد نزول آيات التحريم وقبل علمهم بها، فلم يؤاخذهم الله بذلك، بل نزل في حقهم قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ﴾[المائدة: ٩٣]؛ ولأن هذا الخطاب قصد منه العمل، ولا يتمكن المخاطب من العمل ما لم يعلم بمضمون الخطاب[٢].

ثانياً ـ أدلة القول الثاني: استدل القائلون بنفاذ عزل الوكيل لموكله غائباً كان أم حاضراً، وسواء أعلم أم لم يعلم بما يأتي:

أ ـ إن عزل الوكيل هو رفع لعقد الوكالة، ولا يفتقر فيه إلى رضا صاحبه ـ غائباً كان أم حاضراً ـ فلم يفتقر إلى علمه، أي إن كل عقد جاز لأحد المتعاقدين رفعه بغير رضا صاحبه جاز له رفعه بغير علمه، كالنكاح يجوز رفعه بالطلاق بغير علم المطلقة[٣].

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٦. العناية شرح الهداية للبابرتي: ٨/ ٣٧٦. نتائج الأفكار لقاضي زادة، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٣٠. المغني لابن قدامة: ٥/ ٧١.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٦. نتائج الأفكار لقاضي زادة، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٣١.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. الوسيط للغزالي: ٣/ ٣٥. نهاية الزين للجاوي: ٢٥٣. المغني لابن قدامة: ٥/ ٧١. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٧١.

ب ـ إن العزل معنى يفسخ الوكالة إذا علمه الوكيل، فوجب أن يفسخه وإن لم يعلمه الوكيل، قياساً على ما لو جن الموكل والآخر غائب، فإن الوكالة تفسخ وإن لم يعلم الوكيل بجنون الموكل[1].

ج ـ يمكن أن يستدل لهم أيضاً بأن إنفاذ الوكالة إنما كان لحق الموكل، وهذا يتم بناءً على رغبة الموكل وإرادته عندما فوض إلى غيره التصرف نيابة عنه، أما إذا أراد عزل موكله، فهو بذلك يسقط حق نفسه، وللمرء أن ينفرد بإسقاط حقه.

د ـ إن تصرف الوكيل بعد عزله وإن لم يعلم، هو تصرف بلا إذن؛ لأن الموكل قد رفع إذنه، فلا يملك الوكيل التصرف بعد رفع الإذن، فإن فعل كان كالفضولي بذلك[2].

المناقشة والرأي المختار:

أ ـ مناقشة أدلة الجمهور:

١ ـ **الاستدلال بالقياس:** يرد على استدلال الجمهور بالقياس على الفسخ، بأن حكم المقيس عليه غير متفق عليه؛ ذلك أن في الفسخ روايتين عند الحنابلة، ذهبوا في الأولى منهما إلى لزوم حكمه وإن لم يعلم الوكيل به، وذهبوا في الثانية إلى عدم لزوم ذلك قبل علم الوكيل به[3]، فالقياس على الرواية الثانية لا يلزم أصحاب القول الثاني؛ لأن القياس على الرواية الأولى يصلح دليلاً لهم.

(١) البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥. حاشية الشرواني: ٥/ ٣٣٨.
(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٤/ ١٤٨.
(٣) المغني لابن قدامة: ٥/ ٧١.

ـ أما قياسهم الغائب على الحاضر، فهو قياس مع الفارق؛ لأن الغائب يختلف عن الحاضر من جهة إعلامه؛ ليسر إبلاغ الأخير وسهولته، خلافاً للغائب الذي قد يتأخر إعلامه أو يتعذر لسفره المستمر، أو لعدم معرفة مكان إقامته، أو لبعده الكبير، فافترقا لذلك.

ثم إن الحكم المقيس عليه غير متفق عليه أيضاً، فالشافعية في الصحيح، والحنابلة في رواية(١) لا يشترطون علم الوكيل الحاضر بالعزل لنفاذ هذا الحكم.

ـ ويرد على قياس الوكيل على القاضي بأنه قياس مع الفارق أيضاً، ذلك أن عمل القاضي تتعلق به المصالح الكلية، فإذا انعزل قبل علمه عَظُمَ الضرر بنقض الأحكام وفساد الأنكحة(٢).

٢ ـ أما الاستدلال بالمعقول فيجاب عنه بما يأتي: إن استدلال الجمهور بأن تصرف الوكيل كان عن إذن، يرد عليه بأن هذا الإذن ارتفع وزال أثره بالعزل.

وأما القول بأن فيه إضراراً من حيث إبطال ولايته، فيرد عليه بأن إبطال الولاية غير جائز، سواء أعلم الوكيل أم لم يعلم، مما يدل على أن العزل ليس إبطالاً للولاية؛ إذ لو كان كذلك لما جاز العزل في حالة العلم أيضاً.

ويجيب الحنفية عن هذا الاعتراض بأن العزل يشبه أن يكون إبطالاً ومنعاً، فهو إبطال بالنظر إلى الولاية في الحال، فالوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما، وهو منع من حيث إن حال البقاء في هذا العقد مثل حال الابتداء، فإنه ينعقد ساعة فساعة، فإذا عزل الموكل الوكيل فكأنه منع الوكيل من التصرف في مملوك له، وللموكل فعل هذا.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٧. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٧١.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٥٧. حاشية البجيرمي: ٣/ ٦٤. نهاية الزين للجاوي: ٢٥٣.

وعملاً بالأمرين معاً قال الحنفية بصحة العزل مع العلم عملاً بكونه منعاً، وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملاً بكونه إبطالاً[1].

ـ وأما قولهم بأن العزل فيه إضرار من ناحية رجوع الحقوق إليه، فيرد عليه بأن الوكيل عندما أقدم على الوكالة وقَبِلَها كان يعلم عدم لزومها، فكان عليه أن يتأكد من بقاء الوكالة وقت التصرف.

ويجاب عن هذا بأن ذلك يستدعي أن يكون الوكيل على صلة مباشرة بالموكل، وهذا أمر فيه مشقة على الوكيل الذي تبرع بالقيام بأمور الموكل، مما يؤدي إلى عدم قبول الوكالة، ثم ما فائدة الوكالة إذا طولب الوكيل بالاتصال المستمر بالموكل قبل كل تصرف أوكل إليه بمقتضى الوكالة؟ فهذا يشعر الوكيل بعدم الاستقرار، وبالتردد قبل أي تصرف.

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ـ يمكن أن يناقش استدلالهم بأن عزل الوكيل لا يتوقف على علمه، كما أنه لم يفتقر إلى رضاه، بأن علم الوكيل بالعزل شرط للزوم حكمه ونفاذه.

ـ أما القياس على المجنون فهو قياس مع الفارق؛ ذلك أن المجنون يتعذر عليه إعلام من وكله بجنونه، فكيف يصار إلى قياس العاقل الذي يستطيع التعبير عن إرادته وإبلاغ الوكيل بالعزل على من تعذر عليه ذلك؟!

ـ ويناقش قولهم بأن إنفاذ الوكالة لحق الموكل، بأن ذلك لا خلاف فيه، ولكن لما نجم عن انفراد الموكل بإسقاط هذا الحق إضرار بالغير، أدى ذلك إلى تضييق دائرة انفراده بالتصرف، بحيث أصبح نافذاً ما لم يتضرر به الغير، ثم إن العزل خطاب يلزم عنه امتناع الوكيل عن العمل، وهو لا ينتج أثره إلا بعد العلم به.

---

(١) الكفاية على الهداية للخوارزمي بهامش نتائج الأفكار: ٧/ ١٣٠.

ـ أما زوال الإذن الذي كان يبيح تصرف الوكيل فيرد عليه بأن زواله دون علم الوكيل لا يؤثر فيه.

القول المختار:

ما يميل الباحث إلى اختياره في هذه المسألة أن الموكل يملك عزل وكيله الغائب؛ وذلك مراعاة لحق الموكل الذي يملك أن يفوض إلى غيره، وأن يقيمه مقامه في التصرف بما يقبل النيابة، وأن يمنحه الإذن بذلك، كما يملك استعادة التفويض ورفع الإذن، ولكن لا بد لنفاذ ذلك من علم الوكيل مراعاة لجانبه؛ كي لا يتضرر نتيجة القول بضمانه إذا تصرف قبل علمه بالعزل، مما يجعله في حكم المعتدي الذي يتصرف فيما لا حق له فيه، فكيف يكافأ هذا الوكيل الذي تبرع بوقته وجهده وقَبِلَ الوكالة بأن يعزل دون علمه، وأن يُحمّل تبعة تصرف قام به بمقتضى الوكالة بضمانه المتصرف فيه؟

وهذا القول يحقق التوازن بين طرفي الوكالة، خاصة وأن إعلام الوكيل غدا أمراً يسيراً في هذا العصر الذي توافرت فيه وسائل الاتصال الحديثة، وإعلام الغائب بعزله يتم بإحدى تلك الوسائل، أو بمراسلته كتابياً، أو بإخباره عن طريق رجلين أو رجل عدل[1]، وغير ذلك من وسائل.

* * *

*** المطلب الثالث ـ عزل الوكيل نفسه في غياب الموكل:**

إذا رغب الوكيل في إنهاء الوكالة، وأراد عزل نفسه في غيبة موكله ودون علمه، فهل يملك الحق في ذلك؟

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٧/ ٣١٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٣٧. المحلى لابن حزم: ٧/ ٩٤.

لا خلاف بين الفقهاء في جواز عزل الوكيل نفسه بعلم الموكل سواء أكان حاضراً أم غائباً[١]، ما لم يتعلق بالوكالة حق لأحد.

إلا أنهم اختلفوا كما في المطلب السابق في حال إقدام الوكيل على عزل نفسه إذا كان الموكل غائباً دون أن يعلمه بذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ليس للوكيل أن يعزل نفسه إن كان وكيلاً بالخصومة، أو بشراء شيء معين إلا بشرط إعلام الموكل، وإن فعل فلا يخرج عن الوكالة، أما الوكيل بشراء شيء بغير عينه، أو ببيع ماله، وكذا الوكيل بالنكاح والطلاق، فإنه لا يتقيد بعلم الموكل، فلو عزل نفسه ثم باشر ما وكل به لنفسه أو لغيره صح منه ذلك، وهذا قول الحنفية[٢].

القول الثاني: للوكيل أن يعزل نفسه سواء أكان الموكل حاضراً أم غائباً، علم بذلك أم لم يعلم، وهذا قول الشافعية[٣] والحنابلة[٤].

---

(١) الأصل عند الحنفية أن الوكيل يعزل نفسه بحضرة الموكل لا في غيبته دفعاً للضرر، وهذا يرد عليه أن العلم بالعزل يحصل بعدة أسباب، كأن يكتب له بذلك، أو باختياره عن طريق رجل عدل وغير ذلك، واشتراط علم الطرف الآخر في فسخ أحد المتعاقدين، لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه بغياب الموكل. حاشية ابن عابدين: ٧/ ٣٠٨ ـ ٣١٠. وينظر في حكم هذه المسألة: تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٨٧. البناية شرح الهداية للعيني: ٨/ ٣٧٧. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ١٨٨. البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤. الحاوي الكبير للماوردي: ٦/ ٥١٢. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٦٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٧/ ٣٨٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٨٧. البناية شرح الهداية للعيني: ٨/ ٣٧٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٢٥٨. البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤. الحاوي الكبير للماوردي: ٦/ ٥١٢.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٦٨. المعتمد في فقه الإمام أحمد للشيباني وابن ضويان: ١/ ٤٩٢.

القول الثالث: يجوز للوكيل عزل نفسه متى شاء، إلا أن يتعلق به حق لأحد، فإن كان في رجوعه عن الوكالة إضرار بالغير فليس له عزل نفسه، وليس له عزل نفسه أيضاً حيث يمنع موكله من عزله، أما إذا لم يكن فيه إضرار فله ذلك، وهذا قول المالكية(١).

الأدلـــــة:

أ ـ **أدلة القول الأول:** استدل الحنفية لعدم جواز عزل الوكيل في غياب الموكل ما لم يعلمه بما يأتي:

١ ـ بالقياس على عزل الموكل وكيله، فإن الوكيل يبقى على الوكالة حتى يبلغه العزل، وكذلك فإنه يبقى على وكالته حتى يعلم الموكل بعزله نفسه(٢).

٢ ـ إن العزل هو فسخ عقد، فلا يصح دون علم صاحبه كسائر العقود(٣).

٣ ـ لو صح عزل الوكيل لنفسه دون علم موكله لأدى ذلك إلى التغرير بالموكل(٤).

أما الحالات التي يجوز فيها للوكيل أن يعزل نفسه دون علم الموكل فقد علل الحنفية سبب جوازها بعدم تضرر الموكل بذلك(٥).

ب ـ **أدلة القول الثاني:** استدل الشافعية والحنابلة لقولهم بعدم اشتراط حضور الموكل أو علمه بعزل الوكيل لنفسه بما يأتي:

---

(١) التاج والإكليل للمواق: ٧/ ١٦٨ ـ ١٦٩. دليل الرفاق على شمس الاتفاق لماء العينين: ٢/ ٣١٩.

(٢) حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق: ٤/ ٢٨٧.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٧/ ٣١٠.

(٤) المرجع السابق: ٧/ ٣٨٥.

(٥) المرجع السابق.

١ ـ إن عزل الوكيل لنفسه قطع عقد لا يفتقر إلى رضا الغير، فلم يفتقر إلى حضور ذلك الغير.

٢ ـ إن كل من صح منه فسخ الوكالة بحضور صاحبه صح منه الانفراد بفسخها كالموكل، أي إن عقد الوكالة يصح للموكل أن ينفرد بفسخه، فيصح ذلك من الوكيل.

٣ ـ إن عقد الوكالة عقد جائز؛ لأنه من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما جائز، والرضا برفعه غير مؤثر، فكان التفرد بفسخه جائزاً دون حضور الآخر، كالجعالة والشركة[1].

ج ـ **أدلة القول الثالث**: يستدل لقول المالكية بالأدلة التي تنفي الضرر والإضرار عن الموكل والوكيل على حد سواء، فللوكيل الذي تبرع بمنافعه أن يعزل نفسه ما لم يكن في عزل نفسه إبطال لحق الغير أو إضرار بالموكل.

المناقشة والرأي المختار:

لن أتعرض لمناقشة جميع الأدلة؛ لأن هذه المسألة فرع عن المسألة في المطلب السابق، وقد تمت مناقشة العديد من هذه الأدلة هناك.

وأما استدلال الحنفية بالقياس على عزل الموكل وكيله فيمكن أن يجاب عنه، بأن حكم المقيس عليه غير متفق عليه، فالشافعية والحنابلة يخالفون ذلك بعدم اشتراطهم للعلم.

ثم إن القول بأنه عقد غير لازم، يخول الوكيل الحق في عزل نفسه دون أن يتوقف ذلك على علم الموكل.

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ٦/ ٥١٢. البيان للعمراني: ٦/ ٤٥٤. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٦٨. المعتمد في فقه الإمام أحمد للشيباني وابن ضويان: ١/ ٤٩٢.

والقول الذي أميل إلى اختياره هو أن الوكيل يملك عزل نفسه وإن كان الموكل غائباً؛ لأن عقد الوكالة عقد جائز، مما يخول أي طرف فيه الاستقلال بالفسخ دون أن يتوقف ذلك على رضا الطرف الآخر، إلا أن هذا الأمر لا يجري على إطلاقه، بل ينبغي أن يقيد بحيث تستثنى منه الحالات التي يترتب عليها إضرار بالغير، كأن يتعلق بالوكالة حق لأحد، ويتسبب العزل في إبطال ذلك الحق، أو أن يلحق بالموكل ضرر نتيجة عزل الوكيل نفسه؛ ذلك أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه وفوض إليه القيام ببعض الأمور، وغاب مطمئناً إلى أن أموره تسير في غيابه على أحسن حال؛ لأن وكيله يقوم مقامه.

فينبغي في هاتين الحالتين أن يلاحظ جانب الموكل، وأن لا ينفذ العزل إلا بعد إعلام الموكل، سيما وأن إعلامه في هذا العصر قد غدا أمراً يسيراً لا مشقة فيه كما ذكرت آنفاً.

* * *

المبحث الثاني

التصرف في مال الغائب وإدارة أمواله

*** تمهيد:**

إذا كان الغائب عاجزاً عن إدارة أمواله بنفسه بسبب غيبته وانقطاعه عن ماله، فلا بد من وجود من يقوم مقامه بإدارة تلك الأموال؛ لأن المال قد يُحتاج إلى التصرف فيه من بيع أوإجارة أو إيداع لدى الغير، وقد يُحتاج إلى قبض الغلات الناتجة عنه وتحصيل ثماره وما ينتج عنه من دخل، ودفع ما عليه من مستحقات ومتطلبات، وما إلى ذلك من سائر أعمال التصرف والإشراف والإدارة ونحوها.

والأمر هنا لا يخلو من أن يكون إحدى حالتين، الأولى: أن لا يكون للغائب وكيل وكله بنفسه في إدارة أمواله والإشراف عليها، الثانية: أن يكون له وكيل في ذلك.

فإن لم يكن للغائب وكيل أو نائب فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة النظر في حفظ أمواله بما يحقق المصلحة له[١]، فيقيم من يحفظ أمواله، ويستوفي غلاته، ويعمر عقاره، ويسقي زرعه، ويقطف ثمره، ويرعى شؤونه؛ لأن القاضي نُصب لتحقيق مصالح المسلمين، ومنها النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه، كالصبي والمجنون إذا لم يكن لهما ولي، فكذلك الغائب إذا كان عاجزاً عن حفظ ماله والتصرف فيه بنفسه لغيابه وبعده عنه، فهو بحكم الصبي أو المجنون لعجزه عن التصرف، فإذا دعت الحاجة لذلك، كأن خيف على المال، أو أشرف على الضياع، أو أصبحت الحاجة ماسة في استيفاء حق ثبت على الغائب، فإن الشرع يسلط الحاكم على مال الغائب[٢] في حدود ما يحقق حفظ هذا المال وتعهده حين الحاجة، أو بإخراج حق ثبت على صاحبه، ويشترط في ذلك كله أن تمتد الغَيْبة وتَعْسُرَ المراجعة[٣].

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٢١/ ١٠٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٠. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٢٤٢. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٥٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٤٤. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٥/ ١٠١.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٠. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٢٤٥.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٦، ٨/ ٥٥٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٢٤٥.

أما إن كان للغائب وكيل أقامه بنفسه قبل غيبته أو بعدها، وأثبت الوكيل ذلك، فإن هذا الوكيل هو الذي يقوم ـ وفي حدود الوكالة فقط ـ بإدارة شؤون الغائب وأعماله، وحفظ أمواله واستيفاء حقوقه ورعاية مصالحه[1]، ويستمر في أداء المهام الموكولة إليه إلى أن يعزله الموكل.

وسأبين الآن بشيء من التفصيل حدود التصرفات في مال الغائب التي يملك القاضي أو نائبه أو وكيله القيام بها في المطالب الآتية:

* * *

*** المطلب الأول ـ استيفاء أموال الغائب وحقوقه:**

يقصد باستيفاء حقوق الغائب وأمواله: قبض الغلات والثمار الناتجة من أمواله وكذا ما تدره من دخل وأرباح، وما ينتج عنها من مكسب ونماء، إضافة إلى قبض ديون الغائب التي أقر بها غرماؤه وحل أجل الوفاء بها.

واستيفاء هذه الحقوق يدخل في مهمة الحفظ الموكولة إلى القاضي أو وكيله، حيث يقوم القاضي بذلك مقام الغائب[2]. ولابد للقيام باستيفاء حقوق الغائب من أن تطول غيبته وتتعذر مراجعته، وأن يشرف هذا المال على الهلاك أو الضياع[3].

---

(١) معين الحكام للطرابلسي: ٦٠. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ١٦٢ ـ ١٦٣. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. مجمع الضمانات للبغدادي: ٢٨٦. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٤٢. المبسوط للسرخسي: ٢١/ ١١١. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧.

(٣) المبسوط للسرخسي: ٢١/ ١٦٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٦. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٧٨. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٢٤٥.

أما إذا كان للغائب وكيل مكلف بإدارة شؤونه واستيفاء حقوقه حال غيابه فإن وكيله هو الذي يقوم مقامه في ذلك[١].

وإتماماً للفائدة سأتحدث عن كيفية استيفاء ديون الغائب من الغير، وأبدأ الحديث بتعريف الدين:

الدين في اللغة: واحد الديون، يقال: دانه، أي: أقرضه، ودان هو، أي: استقرض، وتداينوا: تبايعوا بالدين، ويطلق الدين عند العرب على ما كان غائباً، ويقابله العين: وهو ما كان حاضراً[٢].

أما في الاصطلاح: فقد عرف بعض الفقهاء الدين بأنه: «ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك»[٣]، وهذا يدل على أنه مال يدخل فيه كل مطلوبٍ مالي ثبت في الذمة بدلاً عن مال، كثمن المبيع وبدل القرض، أو بدلاً عن منفعة، كصداق المرأة، أو أجرة القيام بعمل ما.

وفصل ابن الهمام في تعريفه فقال: «هو اسم لمال وجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر، أو استئجار عين»[٤].

وقد حدد بعض المالكية حقيقة الدين بأنه: «عبارة عن كل معاملة كان أحد

---

(١) معين الحكام للطرابلسي: ٦٠. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ١٦٢ ـ ١٦٣. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١.

(٢) لسان العرب لابن منظور، مادة: دين، مختار الصحاح للرازي، مادة: دين، وينظر: أحكام القرآن لابن العربي: ٣/ ٣٧٧. فتح القدير للشوكاني: ١/ ٣٠٠. القاموس المحيط للفيروز آبادي، مادة: دين.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/ ١٥٧.

(٤) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٢٢١.

العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة»[(١)]. أما الدين عند الشافعية فهو: ما ثبت في الذمة[(٢)].

أما كيفية استيفاء ديون الغائب من الغير في المذاهب الفقهية فبيانها فيما يأتي:

١ـ **الحنفية**: صرح الحنفية بأن ولاية النظر في مال الغائب تكون للقاضي بما يحقق حفظ هذا المال، فإذا كان للغائب دين ثابت عند مقر به، وخيف عليه الفوات، ولم يكن له وكيل يقوم بإدارة شؤونه وقبض حقوقه، فإن القاضي ينصب للغائب من يأخذ حقه ويحفظ ماله[(٣)].

أما إذا كان دين الغائب غير ثابت، فإن هذه الحالة تدخل في مسألة القضاء للغائب، وقد اختلف الحنفية فيها على قولين: فذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز ذلك إلا أن ينوب عنه خصم حاضر[(٤)]، وخالفه الصاحبان وقالا بجوازه[(٥)].

فإذا حكم القاضي بالدين للغائب على رأي الصاحبين خلافاً لرأي الإمام، فكيف يتم استيفاء هذا الدين؟ أوضح الحنفية ذلك بأن يقوم القاضي بنصب وكيل عن الغائب، وهو المفتى به في المذهب الحنفي[(٦)].

ومن خلال استقراء العديد من الصور التي ذكرها الحنفية في مسألة الادعاء للغائب واستيفاء الحقوق له، يتبين أن استيفاء الحق للغائب يشترط فيه إقامة البينة على توكيل الغائب للمدعي باستيفاء حقوقه والخصومة فيها، أو أن ينصب

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣/ ٣٧٧.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي: ٣/ ٣١٦.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧.

(٤) تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٧/ ٣١١. بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ٨.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٠١.

(٦) معين الحكام للطرابلسي: ٦٠.

القاضي وكيلاً عن الغائب، كما إذا ادعى ابن الغائب على رجل حاضر، وقال: إن لأبي على هذا الرجل ديناً، وأنا أخاف أن يتوارى، فللقاضي عندها أن يجعله وكيلاً عن أبيه، ويقبل بينته، ويحكم له بذلك[1].

أما إذا لم يكن ثمة من يطالب بدين الغائب، فإن هذه الصورة تندرج حكماً تحت ولاية القاضي المطالب بالمحافظة على حق الغائب وماله من الضياع والتلف، ولذلك نص الحنفية على أن للقاضي أن يقبض دين غائب من محبوسه[2].

٢ـ المالكية: تعرض المالكية في حكم استيفاء دين الغائب من الغير لحالتين: الأولى: أن يتم استيفاء ديون الغائب في ذمة الغير من قبل القاضي. والثانية: أن يتم ذلك من قبل الغير؛ وفيما يأتي بيان ذلك:

الحالة الأولى: استيفاء الدين للغائب من قبل القاضي: القاعدة في هذه الحالة أن الإمام لا يقبض ديون الغائب إلا في الصور الآتية:

١ ـ إذا كان مفقوداً.

٢ ـ أن يطلب المدين من القاضي استيفاء دين الغائب لإبراء ذمته.

٣ ـ إذا اعتدي على مال الغائب، فإن القاضي يأخذ القيمة من المعتدي ويحبسها للغائب.

ولا يتعرض السلطان لدين الغائب بالقبض إذا كان غيابه غير منقطع وسافر كما يسافر الناس عادة، أما إن طالت غيبته وانقطع خبره، فإن السلطان يدفع عن ماله ويقوم بالنظر له، فيقبض ماله وسائر ديونه بانتظار عودته[3].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧ ـ ١٨.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٥٠. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣.

الحالة الثانية: أن يتم استيفاء الدين للغائب من غير القاضي: وهذه الحالة تدخل في مسألة القضاء للغائب التي تشعبت الأقوال فيها كثيراً عند المالكية، مما دعى صاحب مواهب الجليل لأن يقول: «لم أر في ذلك كلاماً شافياً»[1]، إلا أنه اعتمد على ما تقتضيه نصوص المذهب، واستخلص قاعدة لهذه المسألة تفيد بإعطاء المدعي عن الغائب حق المخاصمة والادعاء وإثبات ملك الغائب وتسلمه في الحالتين الآتيتين:

أ ـ إذا كان له فيه حق، كزوجة الغائب وأقاربه الذين تلزمه نفقتهم، فيمكن هؤلاء من الدعوى نيابة عنه ويستوفون ديونه.

ب ـ إذا كان للمدعي تعلق بالشيء المدعى به، ودخل في ضمانه وكان مطالباً به، ومثال ذلك: متاع الغائب المغصوب إذا غصبه آخر، فللغاصب الأول أن يدعي عن الغائب، وأن يخاصم عنه، وأن يثبت ملك الغائب لهذا المتاع المغصوب، أما إذا لم يدخل في ضمانه فليس له ذلك، إلا إذا أراد أن يستوفي من ذلك المدعى به شيئاً له في ذمة المالك الغائب.

وقد ذكر المالكية عدة صور بينوا فيها كيفية استيفاء الحقوق للغائب ومن بينها الدين، أذكر منها الصور الآتية:

١ ـ إذا ادعى رجل أن لوالده الغائب على رجل ديناً فهل تسمع دعواه؟

فرّق المالكية في هذه الصورة بين الغيبة القريبة والبعيدة، فإذا كان المدعى له قريب الغيبة[2]، فإن الابن يُمكَّن من تقديم البينة دون توكيل، فإذا أتى بالبينة

---

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٦. وينظر: منح الجليل لعليش: ٨/ ٣٨٢. وقد مر تفصيل الحديث عن القضاء للغائب في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة، ينظر ص: ٩٦.

(٢) لم يبين المالكية هنا ما المراد بالغيبة القريبة، أهو قرب زماني أم قرب مكاني، كما أنهم =

وأثبت حق الغائب أوقف القاضي المال للغائب وحدد له أجلاً، فإن عاد وطلبه أخذه، وإن قال: كنت تقاضيته أو أبرأت المدين منه، أو لم يأت للأجل المحدد، رد المال إلى المدعى عليه.

أما إذا كان المدعى له بعيد الغيبة فإن القاضي لا يوقف للغائب شيئاً، ولا يتعرض للمدعى عليه إلا إذا أثبت الولد توكيلاً أو تفويضاً بالقيام في أمور والده الغائب.

والتفصيل السابق الذي عرضه المالكية هو لحالة الغريم المنكر، فإذا كان الغريم مقراً بالدين تركه القاضي ولم يتعرض له، سواء أكانت غيبة الأب قريبة أم بعيدة؛ لأنه ليس ثمة حاجة تدعوا إلى التعرض للغريم وأخذ المال منه ووقفه للغائب مادام الغريم مقراً به، إلا أن يثبت ولد الغائب توكيل والده إياه، فيمكنه استيفاء دين أبيه بمقتضى هذا التوكيل[1].

٢ ـ إذا توفي رجل عن زوجة وأخ غائب، وخلف متاعاً ودوراً، وأرادت زوجته بيع ذلك وادعته، فقام ولد الأخ وطلب إثبات ذلك للميت، فإذا ثبت عند القاضي أن المالك مات وأخوه حي، فإنه يمكن ابن الأخ من مخاصمة المرأة

= لم يبينوا حدود الغيبة البعيدة أو القريبة عند حديثهم عن مسألة المخاصمة عن الغائب أو الادعاء له، خلافاً لتحديدهم ذلك في مسألة القضاء على الغائب، فقد قدروا ذلك في الغيبة القريبة بأن يبعد عن موطنه ثلاثة أيام مع الأمن وفي المتوسطة أن يبعد مسافة عشرة أيام مع الأمن، أو يومان مع الخوف، وفي البعيدة أن يكون بعيداً جداً كالقيروان من المدينة، فينبغي أن يحمل هذا التقدير على مسائل القضاء للغائب أيضاً. ينظر: فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٣٠١. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣.

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ١٦٢ ـ ١٦٣.

وإثبات ذلك للميت، فما ثبت من استحقاق للغائب من نصيب إرثي لم يدفع إلى ولده ولكن يوقف له[1].

٣ ـ إذا ادعى أخ لأخيه الغائب، أو جار لجاره الغائب بأن لهذا الغائب على رجل ديناً، فقد ذهب بعض المالكية إلى عدم تمكين المدعي من الادعاء للغائب، إلا إذا كان المدعى به مما يفوت أو يتحول أو يغيب، كالدابة أو الثوب، ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن[2].

وخلاصة الصور السابقة تفيد أن القاضي وإن حكم للغائب بحق بناءً على دعوى تقدم بها الغير دون توكيل من الغائب، فإن استيفاء الحق الواجب للغائب لا يتم إلا بموجب وكالة أو تفويض منه، ويوقف القاضي حق الغائب ديناً كان أم عيناً؛ ليستوفيه بنفسه حال عودته خلال مدة معينة، وهذا يدل على أن المالكية اعتمدوا في بناء هذا الحكم على ما يحقق مصلحة الغائب من جهة المحافظة على أمواله، ومصلحة المدعى عليه من جهة عدم الافتئات عليه، بدليل أن القاضي يترك المال بيد الغريم إذا كان مقراً بالدين؛ لأن مال الغائب مضمون ومحفوظ في ذمة الغريم، أو يوقف للغائب نصيبه بعد الحكم به في حالة الغريم المنكر، وهذا فيه محافظة على حق الغائب بوقف المال له لحين عودته، وتحقيق لمصلحة الغريم بعدم ظلمه؛ لأن الغائب ربما كان أبرأه.

أما إذا كان الغائب قد وكل من يطالب بدينه، فإن هذا الوكيل هو الذي يتولى أمور الادعاء وإثبات الدين واستيفائه.

(١) المرجع السابق: ١/ ١٦٣. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٨.
(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٤٩.

ولكن إن قال المدعى عليه لوكيل الغائب الذي يطالب بدين موكله: لقد أبرأني موكلك، أو قضيته حقه، فإن المدعى عليه يُنظر بكفيلٍ بالمال إلى حين العلم بحقيقة الحال إن قربت غيبة صاحب الحق، فإن بعدت قضي عليه بالدفع للوكيل؛ لأنه يعترف بالدين، إلا أنه يدعي الإبراء أو القضاء، فإذا حضر الغائب وأنكر ما يدعيه الغريم حلف أنه ما أَبرأَ ولا قضى ويستقر له ما أخذه وكيله، فإن نكل حلف الغريم على صدق ما ادعاه ورجع على الوكيل[١].

والتفريق بين الغيبة القريبة والبعيدة هو قول بعض المالكية، ونص آخرون على أنه يقضى بالحق على المدعى عليه ولا يؤخر، سواء أكانت الغيبة قريبة أم بعيدة[٢].

٣ـ الشافعية والحنابلة: الحاكم ملزم بحفظ مال الغائب عند خوف الضياع والتلف عند الشافعية[٣] والحنابلة[٤]، فإذا غاب رجل دون أن يترك وكيلاً، وأُخبر الحاكم بأنه غائب وماله ضائع، كان على الحاكم أن ينصب قيماً له يتعهده، أما إن كان قد وكل قبل غيابه، فعلى الوكيل مهمة الحفظ، واستيفاء الحقوق، وإدارة شؤون الغائب إن كانت الوكالة تسمح بذلك[٥].

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ٢٣٥. حاشية الصاوي: ٤/ ٣١١ـ ٣١٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ٢٢٦. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٢١٣. التاج والإكليل للمواق: ٨/ ٢٦١.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣٢٨.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١.

وقد بحث الشافعية والحنابلة حكم استيفاء دين الغائب من الغير في حالتين: الأولى: أن يكون للغائب دين على جاحد، والثانية: أن يكون للغائب دين على وَفِيٍّ مقر، وفيما يأتي بيان ذلك:

الحالة الأولى: أن يكون للغائب دين على جاحد، وهذه الحالة تدخل في مسألة القضاء للغائب؛ لأن جحود المدين يستلزم إثبات الحق للغائب والقضاء له، وهذه المسألة مختلف فيها كما مر.

أما طريقة استيفاء الدين للغائب فتكون بأن يتم الادعاء للغائب تبعاً[1]، كأن يدعي الحاضر أن والده مات عنه وعن أخ له غائب، وللأب عند فلان مال، وأن يثبت ذلك بالبينة، فيحكم القاضي للمدعي بنصيبه ويعطيه إياه، ويحتفظ بنصيب الغائب ويحفظه له حتى يحضر[2].

وقد ذكر الشافعية طريقة أخرى، مفادها أن للحاكم في مثل هذه الحالة أن ينصب قيماً ليدعي على المدين وينتزع منه دين الغائب[3].

الحالة الثانية: أن يكون للغائب دين على أمين مقر، ودين الغائب ثابت في هذه الحالة، فهل يقوم القاضي باستيفاء هذا الدين؟

هناك قولان عند الشافعية والحنابلة[4] في هذه المسألة: أحدهما: ليس للحاكم أن يقبض أموال الغائب إذا كانت ديناً في ذمة الغير، وثانيهما: للقاضي الحق في قبض أموال الغائب الثابتة في ذمة الغير، ديناً كانت أم عيناً.

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٣٤٠. الوسيط للغزالي: ٧/ ٤١٤.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦.

(٣) أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣٢٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤٦١.

ومحور الخلاف بين هذين القولين يدور حول المحافظة على أموال الغائب، والطريقة المثلى في ذلك، فقد رأى أصحاب القول الأول أن مصلحة الغائب في المحافظة على أمواله تتحقق بإبقاء دينه في ذمة مدينه؛ لأنه مقر بهذا الدين، وبقاء هذا المال في ذمة المدين أحوط؛ لأن يد المدين يد ضمان، مما يحفظ المال على صاحبه من الضياع، خلافاً ليد القاضي أو وكيله، فإنَّ قَبْضَ دين الغائب يجعله أمانة بأيديهم، وقد يتعرض للتلف والضياع، والأمانة إن هلكت أو ضاعت دون تقصير أو إهمال من المؤتمن لم يضمن، وتضيع على صاحبها، وليس ثمة ضرورة لصيرورة دين الغائب المضمون في يد الغريم أمانة عند القاضي[1].

أما أصحاب القول الثاني فقد نظروا إلى أن الشرع نصب القاضي أو الوكيل عنه للنظر في مصلحة الغائب وحفظ أمواله عند الخوف عليها من التلف أو الضياع، وهذا يخوله الحق في استيفاء ما لَه من ديون لدى الغير إذا رأى في ذلك ما يحقق مصلحة الغائب من خلال المحافظة على أمواله، وهو بذلك ينفذ ما أقيم من أجله، ولا يمنعه من ذلك انتقال المال من يد ضامن إلى يد أمين، ذلك أن المال سينتقل من يد الغريم الضامن إلى يد القاضي، مما قد يعرض المال للضياع والتلف بعدم ضمانه؛ لأن هذا الاحتمال يمكن أن يرد مع بقاء الدين في ذمة المدين، فيضيع المال بسبب إفلاسه، أو يموت المدين دون أن يخلف تركة، أو أن تتعذر إقامة البينة عليه لإثبات ما عليه من دين إذا جحده في المستقبل وغير ذلك[2].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. فتاوى السبكي: ١/ ٣١٠. الشرح الكبير لابن قدامة: ١١/ ٤٦١.

(٢) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤١٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦.

والخلاف السابق هو في مدين ثقة أمين، أما إن كان غير ذلك، فلا خلاف في وجوب أخذ الدين منه قطعاً؛ لأن تركه بيد المدين في هذه الحالة يعرض المال للضياع(١).

وما يميل الباحث لاختياره في هذه المسألة أن يوكل أمر الاستيفاء للقاضي بحسب ما تقتضيه مصلحة الحفظ، فإذا حل أجل الدين، ورأى القاضي أن مصلحة حفظ المال تتطلب استيفاء دين الغائب، كان للقاضي أو وكيله استيفاؤه وحفظه، وإن رأى أن مصلحة الحفظ تقتضي بقاء الدين في يد المدين الثقة المليء، كان عليه أن يقوم بما تقتضيه المصلحة، فيبقي الدين في ذمة المدين الضامن.

* * *

*** المطلب الثاني ـ استيفاء أموال الغير وحقوقهم من الغائب:**

يقصد باستيفاء أموال الغير من الغائب: قضاء ما على الغائب من دين، وتسليم ما عليه من عين، والإيفاء بما يثبت عليه من حقوق للآخرين.

وأموال الغير وحقوقهم على الغائب إما أن تكون ثابتة أو غير ثابتة، فإن كانت ثابتة فلا خلاف بين الفقهاء في منح القاضي السلطة بإيفاء ما كان ثابتاً على الغائب من دين أو عين إذا حل أجل الوفاء بها وطالب صاحبها بذلك(٢).

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. العقود الدرية لابن عابدين: ١/ ٣٠٠. المدونة الكبرى: ٤/ ١١٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. حاشية قليوبي: ٤/ ٣١٠. فتح الوهاب للأنصاري: ١/ ٢٩٧. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٢٣٩.

وقد نص الحنفية والمالكية والشافعية على أنه إذا مست الحاجة إلى التصرف في مال الغائب لاستيفاء حقوق ثبتت عليه كان للقاضي السلطة بذلك، فله مثلاً بيع ماله لإيفاء دينه إن كان ثابتاً عنده[1].

وهذا مقتضى مذهب الحنابلة الذين أعطوا للحاكم ولاية مال الغائب، وهذا يمكنه من أداء الحقوق الثابتة على الغائب، ويشهد لذلك ما نصوا عليه في مسألة المشتري الهارب حيث قالوا: «إن المشتري إذا كان موسراً وهرب قبل دفع الثمن قضاه الحاكم من ماله إن وجد له مالاً، وإلا باع المبيع وقضى ثمنه وحفظ الباقي»[2].

أما إن كانت حقوق الغير وأموالهم غير ثابتة على الغائب، فإنها تحتاج إلى ادعاء من صاحب الحق أو وكيله، ولابد من بينة لإثبات هذا الحق والحكم به، وهذه الصورة تدخل في مسألة القضاء على الغائب التي اختلف الفقهاء فيها على قولين، وقد مر الحديث عنها[3]، فلا حاجة للإعادة، ولكن سأتعرض لبحث كيفية استيفاء الدين من الغائب في كل مذهب من المذاهب الفقهية إتماماً للفائدة.

كيفية استيفاء الدين من الغائب:

١ـ الحنفية: المذهب عندهم عدم جواز القضاء على الغائب[4]، فاستيفاء الدين منه لا يمكن إلا بإحدى طريقتين:

---

(١) البحر الرائق: ٦/ ٢٩٧. العقود الدرية لابن عابدين: ١/ ٣٠٠. المدونة: ٤/ ١١٥. شرح ميارة: ٢/ ٢٩. فتح الوهاب للأنصاري: ١/ ٢٩٧.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٣) بحثت مسألة القضاء على الغائب في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥، ٥/ ٤١٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣. الفتاوى الهندية: ٣/ ٤٣٣.

الطريقة الأولى: أن ينوب عنه خصم حاضر(١)، فيمكن للحاضر عندها أن يرفع الدعوى على الغائب؛ لأن الحنفية يعدون القضاء في هذه الحالة قضاء على الحاضر، فهذا الخصم يمثل الغائب وينوب عنه، وهذا يجعله في حكم الحاضر، مما يتيح إتمام إجراءات الدعوى، فإذا أثبت المدعي حقه من دين أو عين ببينة عادلة، حكم القاضي للمدعي بحقه على الغائب ويستوفيه منه.

وثمة طريقة أخرى لإثبات الدين واستيفائه تدخل في الطريقة السابقة؛ لأنها في نتيجتها تهدف إلى إثبات الحق للحاضر على الغائب، والحكم عليه في دعوى يحضر فيها خصم نيابة عن الغائب، وهي حيلة الكفالة المطلقة، وصورتها: أن يكفل للمدعي بكل ماله على الغائب كفالة مطلقة، فيدعي المدعي على الكفيل مالاً مقدراً بسبب الكفالة المطلقة، فينكر الكفيل هذا المال ويقر بالكفالة، فإذا أثبت المدعي دينه على الغائب، حكم القاضي على الكفيل لإقراره بكفالته، ثم يبرىء المدعي الكفيل فيثبت الدين على الغائب؛ لانتصاب الكفيل خصماً عنه(٢).

الطريقة الثانية: في حال عدم وجود خصم يحضر نيابة عن الغائب؛ لامتناعه مثلاً، أو لعدم توافره، فإن صاحب الدين الحاضر يمكنه أن يصل لاستيفاء حقه بأن يتقدم بدعواه إلى القاضي، ويسأله أن يقبل بينته التي تثبت حقه على الغائب في بلد آخر، ويلتمس من القاضي كتاباً حكمياً(٣) للقضاء به عند

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٢٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧.

(٢) معين الحكام للطرابلسي: ٦١. فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ٢١٦. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤١٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢١.

(٣) إذا لم يكن الخصم حاضراً، فإن القاضي يسمع الشهادة ولا يحكم بها، ويكتب ما سمعه من الشهادة إلى قاضي بلد الغائب حتى يحكم القاضي المكتوب إليه بذلك إذا ثبت عنده=

قاضي المكان الذي يقيم الغائب فيه، فيجيبه القاضي إلى ذلك ويسمع بينته، ويكتب إلى ذلك القاضي ما سمعه من الدعوى والشهادة ليعتمدها في الحكم عليه.

واستدل الحنفية لذلك بأن الحاجة تدعو إلى هذا، فقد يتعذر اجتماع الخصمين والشهود في مجلس القضاء في بعض القضايا، فكان القول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي طريقاً لحسم المنازعات في هذه القضايا[1].

٢- المالكية: فرق المالكية في كيفية استيفاء الدين من الغائب بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون له مال حاضر، أو وكيل، أو كفيل في موضع الحكم، وغيابه مؤقت، كأن يسافر للتجارة أو السياحة أو طلب العلم، واستيفاء الدين من الغائب في هذه الحالة يختلف حسب نوع الغيبة؛ فإذا كانت غيبته قريبة، كثلاثة أيام مع الأمن، فإن القاضي يسمع الدعوى على الغائب بالدين، ويسمع بينة المدعي بعد تحليفه اليمين على أن حقه هذا الذي يدعيه ثابت على المدعى عليه، وأنه ما أبرأه به، وأن الغائب لم يحله به على أحد، ولم يوكل من يقضيه عنه، ثم يكتب إلى الغائب: إما أن يقدم لإبداء مطعن له في البينة، أو أن يوكل من يقوم عنه بذلك، وإلا فإن القاضي يحكم عليه في كل شيء، فيبيع عقاره وعروضه، ويأخذ نقده؛ لاستيفاء الدين منه.

= أنه كتاب القاضي الغائب، وهو بمنزلة نقل الشهادة، وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحكمي. ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٤٨. العناية للبابرتي: ٧/ ٢٨٦. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤٣٣.

(١) معين الحكام للطرابلسي: ١١٨.

فإذا عاد الغائب بعد صدور الحكم بحقه، وأراد الطعن في الحكم، فإن القاضي يحكم عليه بعدم قبول حجته إذا كان تخلفه عن الحضور ابتداءً دون عذر، أما إن كان لعذر، كمرض، أو كانت الطريق مخوفة، فإن حجته تقبل(١).

وإذا كانت الغيبة متوسطة كعشرة أيام مع الأمن، أو اليومان مع الخوف، أو كانت بعيدة كمكة من إفريقية ونحوها، حكم عليه القاضي في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها بيمين القضاء من المدعي بثبوت هذا الحق على الغائب، وتعينه عليه شخصياً. ولم يستثن المالكية من ذلك إلا دعوى استحقاق العقار في الغيبة المتوسطة، فتؤخر لحين قدوم الغائب.

أما بيع العقار في الدين أو في نفقة الزوجة فإن القاضي يحكم به دون تأخير، ويَقبل حجة الغائب إذا قدم(٢).

الحالة الثانية: أن لا يكون للغائب مال حاضر في موضع الحكم ولا كفيل ولا وكيل، ولهذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون غيابه غير منقطع، كمن سافر بقصد التجارة أو السياحة أو طلب العلم، ولم يستوطن في البلد الذي سافر إليه، فسبيل صاحب الدين لاستيفاء دينه أن يدعي على الغائب أمام القاضي، وأن يطلب من قاضي بلده تبليغ القاضي الذي يقيم الغائب في نطاق محكمته بما حصل عنده من حكم، أو بما ثبت لديه من بينة مع تزكية أو دونها، فإن طلب صاحب الدين

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٢. الشرح الصغير للدردير بهامش حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣١. فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٣٠٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٣. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣١. تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/ ٩٨.

ذلك، فللقاضي إجابته إلى طلبه بإنهاء[1] ما تم لديه إلى القاضي الذي يقيم الغائب في ولايته، والإبلاغ يمكن أن يتم مشافهة بشكل مباشر، أو بشاهدين يشهدهما على حكمه، أو على ما حصل عنده من إجراءات الدعوى، ثم يشهدان عند القاضي المبلَّغ، أو يرسلها بكتابه المشتمل على الحكم، أو على ما حصل دونه، ويجب على القاضي الثاني ـ المبلَّغ ـ أن ينفذ ما حصل عند القاضي الأول من حكم أو ما هو دونه، وذلك بالبناء عليه وعدم استئناف الدعوى من بدايتها[2].

الصورة الثانية: أن يكون غيابه منقطعاً، كمن سافر بقصد الاستيطان والإقامة، فليس للقاضي في هذه الصورة أن يسمع الادعاء على الغائب؛ لأنه خارج نطاق ولايته، وطريقة استيفاء الحق من الغائب هو الادعاء عليه أمام القاضي الذي يقيم الغائب في ولايته[3].

وفرق ما بين الحالتين: أن الغائب في الحالة الأولى وإن لم يكن له مال في بلده، إلا أنه عازم على العودة إلى موطنه، فسماع القاضي الادعاء على الغائب بالدين كان بناءً على أنه مقيم في ولايته وفي حدود سلطته، أما في الثانية فإنه غائب مع ماله عن وطنه، وقد عزم على الاستيطان في بلد آخر، وهذا يعني دخوله في ولاية قاض ثان، مما يجعل سماع الدعوى متعذراً أمام القاضي

---

(١) الإنهاء: أن يبلغ القاضي حكمه أو ما حصل عنده مما لم يصل إلى درجة الحكم، كسماع الدعوى لقاض آخر من أجل أن يتمه. ينظر في ذلك حاشية الدسوقي: ٤/ ١٥٩ ـ ١٦٠.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٤/ ١٥٩ ـ ١٦٠.

(٣) فتح العلي المالك لعليش: ١/ ٣٠١. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣١. الغياب المنقطع هنا لا يقصد به المفقود، وهذا واضح من خلال تفسيره بأنه البعيد الذي قرر الاستيطان في البلد الذي هاجر إليه.

الأول، إلا أن له أن يكتب لقاضي البلد الذي استقر الغائب فيه بالنظر في قضيته[1].

٣ـ الشافعية والحنابلة: إذا طلب صاحب الدين استيفاء حقه من الغائب، فإن سبيله إلى ذلك عند الشافعية والحنابلة يكون بالادعاء على الغائب، فإذا أثبت حقه حكم القاضي بثبوت الدين على الغائب.

أما طريقة استيفاء المال من الغائب فلها حالتان:

الأولى: أن يكون للغائب مال حاضر في موضع الحكم، فيتولى القاضي قضاء الدين منه؛ لأنه حق وجب عليه، وتعذر وفاؤه ممن وجب عليه، فيقوم القاضي مقام الغائب، كما لو كان حاضراً فامتنع[2].

الثانية: أن لا يكون للغائب مال حاضر، فللمدعي حينئذ أن يطلب من القاضي إبلاغ قاضي بلد الغائب ما آل إليه حال الدعوى من سماع بينة، أو شاهد ويمين، أو صدور حكم على الغائب بثبوت الحق عليه، ويجيبه القاضي إلى طلبه حتماً، وينهي إلى القاضي الثاني ما آلت إليه حال الدعوى؛ ليحكم بناءً عليها ثم يستوفي المال، أو يبلغه حكمه لاستيفاء المال مباشرة من الغائب؛ لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم[3].

وحجة الشافعية في ذلك المسارعة إلى قضاء الحقوق؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، كأن يكون للمدعي بينة في بلد وخصمه في بلد آخر، ويتعذر

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٩٧.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٢. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٢. روضة الطالبين للنووي: ٤/ ١٧٧. كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٥.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣١٢. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٢٧.

على المدعي نقل بينته إلى بلد الخصم، أو إحضار خصمه إلى مكان البينة، مما يؤدي إلى ضياع الحق[١].

وقد نص الحنابلة على أن القاضي إذا حكم على الغائب بعين، أو قضى عليه بدين، ووجدت العين، أو عثر على المال، فالمشهور عندهم أن تُسَلَّم العين إلى المدعي في القضاء بالعين، كما يوفى حقه من مال الغائب حال القضاء بالدين؛ لولاية القاضي على مال الغائب، أما مقابل المشهور فذهبوا فيه إلى عدم دفع شيء إلى المدعى عليه ـ عيناً كان أم ديناً ـ حتى يقيم المدعي كفيلاً يضمن ما أخذه في حال عودة خصمه وإبطاله دعواه، وبذلك تتم المحافظة على مال الغائب من الضياع[٢].

٤ـ الظاهرية: يبنى على قولهم بجواز القضاء على الغائب كما يقضى على الحاضر تماماً في جميع الأمور، أن يتم استيفاء الدين من الغائب عن مجلس الحكم، وإن كان حاضراً في البلد، وذلك بعد ثبوته والحكم به عند القاضي[٣].

القول المختار: أولى الأقوال بالاختيار في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الجمهور من تمكين المدعي بدين على الغائب من استيفاء هذا الدين عن طريق الادعاء أمام القاضي، دون حاجة إلى استخدام حيلة الكفالة المطلقة للوصول إلى إثبات الدين على الغائب، وعلى القاضي النظر في هذه الدعوى، فإذا وجدت البينة المثبتة لهذا الدين، كان على القاضي أن يحكم به، وأن يقوم بأداء الدين نيابة عن الغائب إن كان له مال حاضر، أو بالكتابة إلى القاضي الذي يقيم الغائب في نطاق إدارته لإمضاء الحكم عليه. وهذا القول يحافظ على حق

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١٢. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣٥٥. المغني لابن قدامة: ١٠/ ١٣٩.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤، وما بعدها.

المدعي ويغلق الباب أمام اتخاذ الغياب ذريعة للتهرب من أداء الحق الثابت في الذمة الذي حلّ أجل الوفاء به، وليس في ذلك أي تعد على مال الغائب؛ لأن إخراج الحق منه ليس اعتداءً، إذ يجبر من عليه الحق على الوفاء بما يثبت عليه إذا كان حاضراً وامتنع.

أقول: وينبغي على الحاكم أن يحتاط للغائب أيضاً، بأن يتوخى الدقة في حكمه، ويتأكد من بينة المدعي، وأن يحلّف المدعي يمين الاستظهار بعد إقامة البينة وتعديلها وقبل تسليمه للدين أو العين؛ لأن الغائب قد يحضر ويدعي براءة ذمته.

* * *

*** المطلب الثالث ـ التصرف في أموال الغائب:**

يقصد بالتصرف في مال الغائب القيام ببعض المعاملات من بيع وإجارة وإقراض، وإيداع ماله الذي لم يودعه لدى الغير، وغيرها من التصرفات التي يحتاجها المال.

كما يقصد به العدول عن بعض التصرفات التي قام الغائب بها قبل غيابه، كرد الوديع وديعة الغائب، أو إيداعها لدى الغير.

ولابد لبيان حكم التصرف بمال الغائب من التمييز بين حكم تصرّف الغير بماله الذي لم يوكل أمر حفظه لأحد، وبين ما أودعه بقصد حفظه عند أمين، وفيما يأتي بيان ذلك في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى ـ حكم التصرف بمال الغائب الذي لم يوكل أمره لأحد:

ليس لأحد أن يتصرف بمال الغير إلا بإذنه، أو بمقتضى سلطة شرعية، فإذا كان للغائب وكيل فللوكيل القيام بتلك التصرفات إن كانت وكالته تتضمن

ذلك، أو كانت وكالة مطلقة، فإن لم يكن ثمة وكيل واحتاج مال الغائب لبعض التصرفات كان القاضي مكلفاً بذلك بمقتضى ولايته الممنوحة له شرعاً[١].

ويشترط لتسلط القاضي على أموال الغائبين أن تشرف هذه الأموال على الهلاك أو الضياع؛ لبعد غيبة صاحبها وتعذر الاتصال به لمراجعته، وأن تمس الحاجة إليها[٢].

وسلطة القاضي أو من يقيمه نائباً عنه للقيام بهذه التصرفات في مال الغائب مقيدة بما يحقق حفظ المال وتعهده حين الحاجة، وليس له أن يتصرف فيه إلا بما يقتضيه الحال بشرط تحقيق المصلحة اللائقة للغائب[٣].

فإن استطاع أن يحفظ المال بالإجارة مثلاً دون البيع اقتصر عليها، وإن لم يستطع وخاف فساد العين كان له أن يبيع[٤]، فللقاضي أو نائبه أن يبيع ما يخاف عليه الهلاك، أو يتسارع إليه الفساد من أموال الغائب، كالزروع والثمار ونحوها من الأشياء التي يصيبها التلف بمرور الوقت، أو الأشياء التي يخشى هلاكها لأي سبب آخر[٥].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١. المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٠. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٢٤٥.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٧٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٥/ ١٠١. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧.

(٤) روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٧٨. حاشية البجيرمي: ٣/ ١٨٨. وينظر: الفتاوى الهندية: ٥/ ٦١. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ١٩٠ ـ ١٩١. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٣. الفتاوى الهندية: ٥/ ٦١. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ١٩٠ ـ ١٩١. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ٣٠٠. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٦. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. تحفة المحتاج =

وبيع مال الغائب يعد تصرفاً في ملك الغير، وهو غير جائز بالجملة، إلا أن هذه الصورة مستثناة من ذلك؛ لغياب صاحب المال، حيث أقام الشرع الحاكم مقام المالك، وكلفه بالنظر في مصالح الغائب وأمواله وإمساكها من الضياع، فمتى أمكنه أن يحافظ على المال على حالته صورة ومعنى كان ملزماً بذلك؛ لأنه الحفظ التام المقصود[1].

وبناءً على ذلك: ليس للقاضي مثلاً أن يبيع ما أمكن حفظه من غير بيع، كالأموال التي لا يتسارع الفساد إليها، ولا يخشى عليها الهلاك كالعقار؛ إذ ليس ثمة ما يسوغ له أن يعدل عن حفظ صورة المال ببيعه طالما كان حفظه صورة ومعنى أمراً ممكناً.

فإذا تعذر عليه الحفظ صورة ومعنى في الوقت ذاته، كان عليه أن يلجأ إلى حفظه معنى فقط، وذلك بالقيام بأي تصرف يحفظ قيمة هذا المال، كأن يبيعه ويحفظ ثمنه في الأموال المعرضة للهلاك، أو التي يتسارع إليها الفساد.

أما سائر التصرفات الأخرى من إقراض وإجارة، وإيداع ماله الذي لم يكن قد أودعه، فقد نص الحنفية[2] والشافعية[3] على أن للقاضي ولاية إقراض مال

= لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥ ـ ١٨٦. حاشية الجمل: ٥/ ٣٦٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧١.

(١) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٣. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٧٥٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٨/ ٥٥٣، ٦/ ١٩٠ ـ ١٩١، ٢٩٧. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ٣٠٠. جامع الفصولين لابن قاضي سماوة: ١/ ٦٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٦. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. خبايا الزوايا للزركشي: ٢٧٣.

الغائب من ثقة ليحفظه له، فيكون محصَّناً في ذمة مليء، فضلاً عن قدرة القاضي على استخلاصه، وله أيضاً إجارة ماله إن أمن عليه، ويُمسك الأجر له؛ لأن المنافع تفوت بمضي الوقت، كما أن له إيداعه.

ولابد من الإشارة إلى أن المالكية والحنابلة، وإن لم ينصوا عل تلك التصرفات صراحة، إلا أن عباراتهم يستفاد منها في إدراك مذهبهم في ذلك، فالمالكية يقولون بأن «السلطان يذب عن مال الغائب»[(١)]، وأنه «ناظر لكل غائب»[(٢)]، وهذا يفيد منح القاضي سلطة التصرف في مال الغائب بما يحقق مصلحة المحافظة عليه (إذا دعت الحاجة)، أما عبارات الحنابلة فقد كانت أوضح في الدلالة على ذلك، فقد نص صاحب الكشاف على أن للحاكم ولاية على مال الغائب، فيفعل ما يرى فيه المصلحة، أي: يقوم بما يؤديه إليه اجتهاده أنه أصلح لصاحبه، كأن يبيع المال ويحفظ ثمنه[(٣)].

وخلاصة القول: أن نطاق إباحة التصرف في مال الغائب عند فقهاء المذاهب إنما يدور في فلك حفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع بما يحقق مصلحة الغائب.

النقطة الثانية ـ حكم تصرف الوديع بوديعة الغائب:

الوديعة في اللغة: واحدة الودائع، وهي: ما وضع عند غير مالكه بقصد الحفظ، والوديعة من أسماء الأضداد، تستعمل في إعطاء المال وفي قبوله،

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ٢٠١. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٠ ـ ١٧١. بتصرف.

يقال: أودعه مالاً، أي: دفعه إليه ليكون وديعة عنده، وأودعه مالاً، أي: قبله منه وديعة[١].

أما الوديعة في الاصطلاح، فقد عرفت بعدة تعاريف مختلفة سأعرض بعضها عند المذاهب الفقهية:

عرف الحنفية الوديعة بأنها: «ما يترك عند الأمين للحفظ»[٢]. وعرفها المالكية بأنها: «مال وكل على مجرد حفظه»[٣]، وذهب الشافعية إلى تعريفها بأنها: «العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحفظة به حقيقة فيهما»[٤]. أما الحنابلة فالوديعة عندهم: «اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض»[٥].

وقد دل على مشروعية الوديعة الكتاب والسنة والإجماع[٦]:

---

(١) مختار الصحاح للرازي، مادة: ودع. لسان العرب لابن منظور، مادة: ودع.

(٢) مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٣٣٧. الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٢. مجمع الضمانات للبغدادي: ٦٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٦. وعرف الحنفية الوديعة أيضاً بمعنى الإيداع فقالوا: هي«تسليط الغير على حفظ ماله» ينظر: الدر المختار للحصكفي بهامش الحاشية: ٥/ ٦٦٢. تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٨/ ٤٨٤.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ٤١٩. وكما عند الحنفية فقد أوردها المالكية بمعنى الإيداع فقالوا: هي «توكيل على مجرد حفظ المال». ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١٠٨.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٩٨. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٩٠. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٥.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٦٦. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٥١. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣١٧.

(٦) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٦. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٥. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٦٦.

أما الكتاب فمن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[النساء: ٥٨].

وجه الدلالة في هذه الآية: أنها وإن نزلت بسبب حادثة مفتاح الكعبة، إلا أنها عامة في جميع الأمانات، ومن جملة ذلك الودائع[١].

ومن السنة قوله ﷺ: **«أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»**[٢].

وجه الدلالة: في أمره ﷺ كل من كان مؤتمناً على شيء أن يرده إلى صاحبه، والأمر بالرد يستلزم وجود أمانة، وفي ذلك دليل على مشروعية هذا النوع من المعاملات.

أما الإجماع، فقد أجمع العلماء في مختلف العصور على جواز الإيداع؛ لأن الناس في حاجة إليه، بل قد تلجئهم الضرورة إلى ذلك؛ لأن فيهم من يعجز عن حفظ ماله بنفسه[٣].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٥. وينظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير: ١/ ٧٨٠. أحكام القرآن لابن العربي: ١/ ٧٥٢.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه من خديث أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب البيوع، باب دون ترجمة، حديث: ١٢٦٤، وقال: «هذا حديث حسن غريب». وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث: ٣٥٣٥. والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع، باب أد الأمانة إلى من ائتمنك: ٢/ ٤٦. وقال: «صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي فقال: «وشاهده (أيوب) بن سويد ثنا بن شوذب عن أبي التياح عن أنس، قال: قال رسول الله ﷺ فذكره»، ويقول الأنصاري في هذا الحديث: «أعله ابن حزم وابن القطان والبيهقي، وقال أبو حاتم: منكر، وقال الشافعي: ليس بثابت عند أهله» خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري: ٢/ ١٥٠. وينظر للتوسع: التلخيص الحبير لابن حجر: ٣/ ٩٣. نصب الراية للزيلعي: ٥/ ٢٥١.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٢٨٠. وينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي: ٨/ ٤٨٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٥. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٦٦. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٢/ ١٤٧.

وتصرف الوديع بالوديعة مقيد بالحفظ، ولكن هل له أن يرد الوديعة في غياب المودع؟

لا خلاف بين الفقهاء في جواز رد الوديعة إذا كان صاحبها حاضراً، ويلزم صاحبها القبول؛ لأن المستودَع متبرع بالحفظ[1].

أما إذا كان صاحب الوديعة غائباً، ولم يكن له ولي حاضر أو وكيل، فإن رد الوديعة يغدو متعذراً، فهل يملك الوديع عندها دفع الوديعة إلى غيره على سبيل الإيداع؟

إذا أراد الوديع دفع الوديعة لغيره في غياب صاحبها، فإما أن لا يكون له عذر في ذلك، وإما أن يكون له عذر، وفيما يأتي بيان كل حالة:

الحالة الأولى: إذا لم يكن للوديع عذر فليس له أن يودع غيره[2]، فإذا

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٩. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٢٨١. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ٥/ ٧٧.

(٢) اختلف الفقهاء في تحديدهم لمن لا يجوز للوديع أن يدفع الوديعة إليهم دون عذر على قولين:

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن للوديع أن يحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله عادة، فله أن يحفظها بنفسه، وأن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله، كزوجته وأولاده بشرط أمانتهم، وهذا يجعله كما لو حفظها بنفسه. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٤٧. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٧٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٧. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٧٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٣. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠٢.

أما الشافعية فقد ضيقوا حدود ذلك كثيراً، واقتصروا على الوديع ذاته فقط، فليس له أن يودع غيره دون عذر، ولو كان ولده أو زوجته أو أجنبياً، وأما إيداعه عند القاضي فثمة وجهان عندهم، أصحهما عدم الجواز، وحجة الشافعية في ذلك أن المودع لم يرض بأمانة ويد أحد سواه. ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٠٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٢٨٩ ـ ٢٩٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٨٣.

أودع ضمن عند الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤).

وثمة قول عند الشافعية والحنابلة ذهبوا فيه إلى جواز الإيداع عند القاضي الأمين(٥)، وذهب ابن أبي ليلى إلى جواز إيداعه عند الغير، ولا ضمان عليه(٦).

الأدلـــة:

- **أدلة الجمهور:** استدل الجمهور لعدم صحة إيداع الوديع غيره دون عذر، بأن المالك رضي بأمانة المودَع، وسلط يده على حفظ ماله، ولم يرض حفظ غيره ولا يده، والأيدي تختلف بالأمانة(٧). ولما كان المودَع قد

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٤٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١١٢. حاشية الصاوي: ٣/ ٥٥٩. القوانين الفقهية: ٢٤٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٩. حاشية قليوبي: ٣/ ١٨٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٢٨٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٠٦.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣٢٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠١.

(٥) المراجع السابقة.

(٦) المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠١. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣٢٥.

ابن أبي ليلى: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، العلامة الإمام مفتي الكوفة وقاضيها أبو عبد الرحمن الأنصاري الكوفي، ولد سنة نيف وسبعين أخذ عن الشعبي ونافع العمري وعطاء، وأخذ عنه الفقه سفيان الثوري وكان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، مات في سنة ١٤٨هـ. طبقات الفقهاء للشيرازي: ٨٥. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٦/ ٣١٠.

(٧) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٢٤٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢٧٤. حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: ٣/ ٤٢٣. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٧٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٨٣. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٣٠٠.

خالف إرادة المودع فإنه يضمن[١].

واستدل الشافعية لإجازتهم بجواز الإيداع عند القاضي، بأن أمانة القاضي أظهر من أمانته؛ لأن القاضي نائب عن الغائبين، والأصح أنه لا فرق بين القاضي وغيره وإن كان المالك غائباً؛ لاحتمال عدم رضاه به، وهذا إذا كانت غيبته قصيرة، أما إذا كانت غيبته بعيدة، وطالت بحيث تضجَّر المودَع من الحفظ، جاز له إيداعها عند القاضي الأمين؛ لأن الوديع نائب المودع؛ ولأن في الصبر الطويل على حفظها مع طول الغيبة مشقة كبيرة تمنع الناس من قبولها[٢].

أقول: والقول بأن أمانة القاضي أظهر من غيره فيه نظر، ومع أن الأصل أن يكون الأمر كذلك، غير أن فساد القضاء يشهد بخلاف ذلك في معظم الأحيان.

ـ **أما ابن أبي ليلى** فقد استدل لجواز إيداعه بتحقق المقصود من الوديعة، فعلى الوديع حفظها وإحرازها، وقد تم ذلك عند غيره؛ ولأن المودَع يتعين عليه أن يحفظها بما يحفظ به ماله، والإيداع إحدى الطرق التي يحفظ بها ماله، فإذا أودعها عند غيره فقد حفظها كما يحفظ ماله، فلا ضمان عليه؛ لأنه كمن حفظها في حرزه[٣].

وقول الجمهور هو المختار؛ لأن دفع الوديعة للغير دون عذر يعد نوع تفريط بها، وصاحب الوديعة عندما دفعها إليه فقد ارتضى أمانته، والمودَع يعد نائباً عن المودِع في حفظ المال، ونيابته هذه لا تشمل التعبير عن رضا المودِع

---

(١) المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠١.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦ ـ ١١٧. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٠٦.

(٣) المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

بأمانة المودَع الجديد، مما يدل على أنه قد خالف إرادة صاحب المال دون عذر، فيضمن نتيجة مخالفته.

الحالة الثانية: إذا طرأ على الوديع عذر، كمرض خطير، أو خشي على الوديعة الهلاك بسبب حرق أو غرق أو سفر[1]، أو عجز عن حفظ الوديعة لأي سبب آخر، وأراد التخلص من الوديعة، وكان صاحبها غائباً، ولم يكن له ولي ولا وكيل حاضر، فهل له أن يدفعها إلى الغير؟

اتفق الفقهاء[2] على جواز دفعها في هذه الحالة إلى الحاكم الثقة الأمين؛

---

(١) اتفق الفقهاء على أن المودِع إذا اشترط على الوديع عدم السفر بالوديعة فليس له أن يسافر بها، ويضمن إن سافر بها فهلكت، إلا أن يسافر بها لعذر كخوفه عليها من السرقة. واتفقوا أيضاً على ضمانه إذا أخذها في سفره وكان الطريق مخوفاً.

إلا أنهم اختلفوا في حكم سفره بها إذا أطلق صاحب الوديعة ولم يشترط شيئاً، ولم تكن ثمة ضرورة وكان طريق السفر آمناً، على ثلاثة أقوال: فذهب المالكية والشافعية، والحنابلة في وجه إلى عدم جواز السفر بها، ويضمن إن فعل؛ لأنه مفرط. وذهب الإمام أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ والحنابلة في وجه إلى جواز ذلك، ولا ضمان عليه إلا بالتعدي أو التقصير، وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى التفصيل، فإن كان لها حمل ومؤنة فليس له أن يسافر بها إذا كان السفر بعيداً عند أبي يوسف، وعند محمد: ليس له أن يسافر بها سواء أكان السفر بعيداً أم قريباً. ينظر: مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٣٣٩. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧١. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٩ ـ ٢١٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١٠٩. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢١. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٣٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٤ ـ ١٧٥. دليل الطالب للحنبلي: ١٦٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢٧٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٧٧. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤. حاشية الصاوي: ٣/ ٥٥٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١١٢. مغني المحتاج للشربيني: =

لأن ذلك تعين طريقاً لحفظها[(١)]، ثم إن في استمرار بقائها معه، وحفظه لها في هذا الظرف الجديد، أو سفره بها مع الخوف عليها غرراً؛ لأنها قد تتعرض للنهب وغيره.

فإن تعذر دفعها إلى الحاكم أودعها عند أمين ثقة مقيم في البلد، بدليل إيداع رسول الله ﷺ الودائع التي كانت بأمانته عند أم أيمن، وطلبه من علي رضي الله عنه أن يردها إلى أهلها، وذلك عندما أراد الهجرة[(٢)].

وإنما تدفع الودائع إلى الحاكم أولاً؛ لأن الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، فهو نائب الغائبين شرعاً[(٣)]؛ ولكن هل يلزم المودَع مراعاة الترتيب، بحيث يودعها أولاً عند القاضي، فإن لم يجد فعند أمين؟

اشترط الشافعية والحنابلة في المذهب هذا الترتيب، فإن تركه مع قدرته

= ٤/ ١٢٩ ـ ١٣٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٨٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣٢٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٢٤٥. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٥. منار السبيل لابن ضويان: ١/ ٤١٧. وقد تفردت كتب الفقه بذكر إيداع النبي ﷺ الودائع عند أم أيمن، بينما ذكرت كتب الحديث والسير أن النبي ﷺ أمر علياً رضي الله عنه أن يتخلف عنه حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس، وأغفلت ذكر أم أيمن. ينظر: سنن البيهقي، كتاب الوديعة، باب ما جاء في أداء الأمانات: ٦/ ٢٨٩. سيرة ابن هشام: ٣/ ١١. تاريخ الطبري: ١١/ ٥٦٩. الطبقات الكبرى لابن سعد: ٣/ ٢٢. الرياض النضرة لأبي جعفر الطبري: ١/ ٤٤٥.

(٣) روضة الطالبين: ٥/ ٢٩٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٠٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٥.

عليه ضمن[١]، ورأى صاحب الإنصاف أن الصواب أن يراعى في دفعه لحاكم أو ثقة ما هو أصلح، فإن استويا في ذلك قدم الحاكم[٢].

أما الحنفية فإن إطلاقهم وعدم تفريقهم بين حاكم وغيره يفيد عدم اشتراط الترتيب، إنما اقتصروا على شرط الأمانة فيمن تدفع إليه[٣]، وهذا يتفق من حيث النتيجة مع المذهب المالكي الذي خلا عن مثل هذا الشرط، وأطلق جواز الإيداع عند الغير لغير عذر[٤]، ومما يؤيد ذلك ما نقله ابن رشد ـ رحمه الله ـ من جواز دفع الوديعة إلى ثقة من أهل البلد عند المالكية، سواء أقدر على دفعها إلى الحاكم أم لم يقدر[٥].

إدارة أموال الغائب والتصرف بها في القانون:

لم يفرق القانون السوري بين الغائب والمفقود في مسألة إدارة أمواله، فقد ألحق هذا القانون بالمفقود كل غائب منعته ظروف قاهرة من العودة وإدارة أمواله بنفسه أو بوكيل إذا غاب أكثر من سنة، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره[٦].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣٢٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٣٢٨.

(٣) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٧٤. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٥٠.

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٣/ ٤٢٣. حاشية الصاوي: ٣/ ٥٥٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١١٢.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٢٣٤.

(٦) ينظر المادة /٢٠٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

وبناءً على ذلك، فإن التصرف في مال الغائب يأخذ حكم التصرف في مال المفقود بجامع غيبة كل منهما، وحاجة هذا المال إلى الرعاية والإدارة، وحفظاً له من الهلاك والضياع، فإذا لم يكن للغائب وكيل، فعلى القاضي أن يعين وكيلاً قضائياً، أما إن كان له وكيل عام عينه قبل غيابه، فعلى القاضي أن يحكم بتثبيته بعد التأكد من صلاحية هذا الوكيل[1]، وذلك بأن تتوافر فيه الشروط المطلوبة في الوصي، والتي حددتها المادة /١٧٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري، ومؤدى هذه المادة يفيد الشروط الواجب توافرها في وكيل الغائب، وهي:

أن يكون الوكيل عدلاً، وقادراً على القيام بمهام الوكالة، وأن يتمتع بالأهلية الكاملة؛ ولا يجوز أن يكون وكيلاً كل من:

أ ـ المحكوم عليه في جريمة سرقة، أو إساءة الائتمان، أو تزوير، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره.

ج ـ من كان بينه أو بين أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين الغائب نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الغائب.

د ـ من قرر الغائب عزله، أو حرمانه.

فإن لم تتوافر في وكيل الغائب تلك الشروط، سواء أكان النقص عند توكيله من قبل الغائب، أم طرأ عليه ما يخل بها بعد تعيينه وغياب الموكل، فإن القاضي ـ ومراعاة لمصلحة الغائب ـ يلغي وكالته، ويعين وكيلاً قضائياً.

أقول: إن عزل وكيل الغائب من قبل القاضي إذا لم تتوافر فيه شروط الوصي يحقق فائدة المحافظة على أموال الغائب إذا ثبتت إساءة تصرف الوكيل،

---

(١) ينظر المادة /٢٠٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

أو طرأ عليه ما يخل بعدالته، كأن صار خائناً بعد أن كان أميناً، أو غير ذلك، إلا أنه ينطوي على تجاوز رغبة الغائب وعدم احترامها، بل وقد يفتح ذلك باب التلاعب إذا كان القضاء فاسداً؛ ولذلك أقترح في مثل هذه الحالة أن يصار إلى تعيين مشرف مع الوكيل لمراقبته في إدارة أموال الغائب بدلاً من عزل الوكيل، وهذا يحقق مصلحة المحافظة على أموال الغائب من خلال مراقبة تصرفات هذا الوكيل الذي لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للقيام بمصالح المفقود على خير وجه، وفيه احترام لإرادة الغائب بعدم عزل من اختاره نائباً عنه.

أما إدارة أموال الغائب والإشراف عليها في القانون المصري فقد كانت أكثر ضبطاً، وأدق تنظيماً، حيث نص على ذلك في المادة /٧٤/ والتي جاء فيها: «تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية، متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه:

أولاً ـ إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته.

ثانياً ـ إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه، أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها»[1].

وهذه المادة تقضي بضرورة أن تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب إذا مضت على غيبته سنة فأكثر، أو أدى غيابه إلى تعطيل مصالحه وإهمال ممتلكاته، وتعريض أمواله للتلف والضياع؛ لعدم وجود من يقوم على حفظها وصيانتها واستثمارها، أو لم يكن هناك من يحصلها ويقبضها من يد الغير عند استحقاق

(١) قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لعام ١٩٥٢. مدونة التشريعات المصرية ـ قانون الأحوال الشخصية ـ إشراف سيد حسن: ١٥٤ ـ ١٥٥.

الغائب لها، وقد نص القانون المصري صراحة على أن المفقود أحد نوعي الغائب، خلافاً للقانون السوري الذي جعل الغائب كالمفقود[١].

ويقوم القاضي بتعيين وكيل في حالة عدم وجود وكيل، فإن كان للغائب وكيل فإن المحكمة تحكم بتثبيت هذا الوكيل ـ كما في القانون السوري ـ إذا توافرت فيه شروط الوصي[٢].

* * *

المبحث الثالث
الإنفاق من مال الغائب

*** تمهيد:**

النفقة لغة: من نفوق الشيء، أي: ذهابه وخروجه وانقطاعه، يقال: نفقت الدراهم، أي: نفدت، ونفق الشيء، أي: فني، ويتعدى بالهمزة فيقال: أنفقتها، وأنفق المال: صرفه، وأنفق الرجل: افتقر وذهب ماله[٣].

أما في الاصطلاح فقد تعددت تعريفاتها الفقهية وتباينت بسبب اختلاف الفقهاء في تحديد قدرها ونوعها وبيان من يستحقها.

---

(١) ينظر المادة /٢٠٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) ينظر المادة /٧٤/ والمادة /٢٧/ من القانون رقم ١١٩ الخاص بالولاية على المال لعام ١٩٥٢. مدونة التشريعات المصرية ـ قانون الأحوال الشخصية ـ إشراف سيد حسن: ١٥٤ ـ ١٥٥. الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين للدجوي: ١/ ٥٣٢.

(٣) لسان العرب لابن منظور، مادة: نفق. المصباح المنير للفيومي، كتاب النون مع الفاء. مختار الصحاح للرازي، مادة: نفق.

فعرفها الحنفية بما يدل على استمرارية النفقة، والإبقاء على المنفق عليه ما دام محتاجاً إلى ذلك، فقالوا: النفقة في الشرع هي: «الإدرار على الشيء بما به بقاؤه»(١)، وهذا يشمل الآدمي وغيره.

إلا أن ثمة تعريفاً آخر عندهم جاء فيه: النفقة شرعاً هي: «الطعام والكسوة والسكنى»(٢)، وهذا يدل على تخصيص النفقة بالآدمي.

وعرفها المالكية والإباضية بأنها: «ما به قوام معتاد حال الآدمي من دون سرف»(٣)، وهذا التعريف يدل على إخراج غير الآدمي من النفقة، ويدل على إخراج الإسراف، فإنه ليس بنفقة شرعاً، ولا يحكم به حاكم(٤).

أما النفقة عند الشافعية فهي: «الطعام والإدام والكسوة والسكنى وآلة التنظيف، والخادم إن كانت ممن تخدم»(٥)، وهذا التعريف يشبه تعريف الحنفية الثاني، إلا أن فيه زيادة عليه.

وعرف الحنابلة النفقة بأنها: «كفاية من يمونه خبزاً وأدماً ومسكناً وتوابعها»(٦).

وللنفقة ثلاثة أسباب: الزوجية والقرابة والملك(٧).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥١. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٢. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤١١. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٨٣.

(٣) شرح حدود ابن عرفة: ٢٨٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٢٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٨٣. شرح النيل لأطفيش: ١٤/ ٥.

(٤) شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٤٩. شرح النيل لأطفيش: ١٤/ ٥.

(٥) الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٠٣.

(٦) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٥٩. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

(٧) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨١. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٨. تبيين الحقائق =

وسأتناول في هذا المبحث الحديث عن النفقة الواجبة على الغائب وللغائب بسبب الزوجية والقرابة، وذلك في المطلبين الآتيين:

* * *

* المطلب الأول ـ النفقة الواجبة على الغائب:

سأبحث في هذا المطلب حكم نفقة زوجة الغائب وأقاربه والأحكام المتعلقة بذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول ـ نفقة زوجة الغائب:

نفقة الزوجة هي إحدى الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها، سواء أكانت غنية أم فقيرة، مسلمة أم غير مسلمة، وهي ثابتة عليه في نكاح صحيح، سواء أكان موسراً أم معسراً عند جمهور الفقهاء(١)، خلافاً للمالكية والظاهرية(٢) الذين يسقطون النفقة عن المعسر حاضراً كان أم غائباً.

= للزيلعي: ٣/ ٥٠. البحر الرائق لابن نجيم ومنحة الخالق عليه: ٤/ ١٨٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ٥٠٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٦٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٢٩. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٤٩. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٨١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٣٠١.

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٢. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢٠٩. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٢. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٥٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٤٩. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٥٢. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٥٦.

(٢) شرح الخرشي: ٤/ ١٩٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣. ويقول ابن حزم في المحلى: ٩/ ٢٥٤: «إن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية، كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر».

أدلة وجوب نفقة الزوجة:

النفقة واجبة على الزوج، دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

١ـ من الكتاب: وفيه آيات عديدة[1]، من ذلك قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[الطلاق: ٧].

وجه الدلالة: أن الآية أمرت الأزواج بالإنفاق على أزواجهم، كل حسب إمكانه وسعته، مما يدل على شمولها الأغنياء والفقراء[2].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٣٣].

يقول صاحب البيان: «والمولود له هو الزوج، وإنما نص على وجوب النفقة على الزوجات حال الولادة؛ ليدل على أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس؛ لئلا يتوهم متوهم أنها لا تجب لها»[3].

٢ـ ومن السنة: وفيها أحاديث عديدة:

منها: ما قاله ﷺ في حجة الوداع: **«فاتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**[4].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٦٠.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ٣/ ١٤٩، ٥/ ٣٦١.

(٣) البيان للعمراني: ١١/ ١٨٥.

(٤) هذا جزء من حديث صفة حجة النبي ﷺ، وهو عند مسلم، كتاب الحج، باب حجة =

ومنها: قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان رضي الله عنهما: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[(١)]، ولو لم تكن النفقة واجبة لما أذن لها رسول الله ﷺ بالأخذ من غير إذن زوجها[(٢)].

٣ـ من الإجماع: أجمع علماء المسلمين قاطبة على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كن بالغات، إلا الناشز، واختلفوا في الصغيرة[(٣)].

٤ـ من المعقول: إن من المقرر شرعاً أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة على ذلك الغير، والمرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج، وقد فرغت نفسها للقيام بشؤون البيت ورعاية مصالحه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه؛ لعدم تفرغها لحاجة نفسها، ولأنها كانت محبوسة بحبسه، ممنوعة من الخروج للكسب بحقه، فلو لم يدفع لها كفايتها لهلكت[(٤)].

سبب وجوب نفقة الزوجة:

اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على قولين:

= النبي ﷺ، حديث: ١٢١٨. وأبي داود، كتاب الحج، باب صفة حجة النبي ﷺ، حديث: ١٩٠٥. وابن ماجة، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث: ٣٠٧٤.

(١) أخرجه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من غير علمه، حديث: ٥٣٦٤. ومسلم في كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث: ١٧١٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١١٥. وينظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٧.

(٣) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٧. حاشية البجيرمي: ٤/ ١٠٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٦٠. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦١٧.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١٦. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٢.

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والظاهرية[٤]، ذهبوا فيه إلى أن الزوجية هي سبب وجوب هذه النفقة.

القول الثاني: وهو للحنفية، حيث ذهبوا إلى أن سبب وجوب نفقة الزوجة هو استحقاق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح[٥].

وقد ذكر الحنفية أيضاً أن نفقة الغير تجب بأسباب ثلاثة، بالزوجية والقرابة والملك[٦]، وقد علق ابن عابدين ـ رحمه الله ـ على ذلك فقال: «وهذا مخالف لما جاء في البدائع، حيث قال: وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه: فقال أصحابنا: سبب وجوبها استحقاق الحبس، وقال الشافعي: السبب الزوجية، وهي كونها زوجة له»[٧].

ومما يترتب على هذا الخلاف: أن الحنفية قالوا بوجوب النفقة على الزوج للمعتدة منه بسبب الفرقة الناجمة عن طلاق، سواء أكان رجعياً أم بائناً، ولا فرق في ذلك بين كون الزوجة حاملاً أو حائلاً.

---

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٦٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٢٩.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٠١. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٨١.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٣٠٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٥٧.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١٦.

(٦) الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٣. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٣٧٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٨٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٣.

(٧) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين: ٤/ ١٨٨.

ويستوي في ذلك أيضاً أن تكون الفرقة من قبل الزوج أو المرأة، ويستثنى من ذلك أن تكون الفرقة من قبلها بمعصية، فتسقط نفقتها عندئذ[(١)].

وحجة الحنفية في ذلك: أن الاحتباس في الصور السابقة قائم بعد نكاح صحيح.

أما الجمهور فقد أوجبوا النفقة للمطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً إذا كانت حاملاً لبقاء حق الزوج؛ لانشغالها بمائه، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية، أما الحائل البائن، فلا نفقة لها؛ لزوال الزوجية، مع أن الاحتباس مستمر[(٢)].

ولنفقة الزوجة أحكام كثيرة أخرى لن أتعرض لها؛ لأنها خارج حدود هذا البحث، وسأقتصر منها على دراسة المسائل المتعلقة بشكل مباشر بنفقة الزوجة التي غاب عنها زوجها وذلك في الموضع المناسب لها إغناءً للبحث.

ولا تخلو زوجة الغائب من أن تكون واحدة من اثنتين، فإما أن يغيب الزوج عنها قبل دخوله بها، أو أن يدخل بها ثم يغيب، ولكل حكمها الخاص. فما حكم نفقة الزوجة في كل من هاتين الحالتين؟

بيان ذلك مفصل فيما يأتي:

---

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١١. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٠٩. إعلاء السنن للتهانوي: ١١/ ٢٩٤. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩ ـ ٦١٠. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٧. الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٧٩٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٣. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٧٤. شرح المحلي على منهاج الطالبين: ٤/ ٥٣. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٥. المقنع لابن البنا: ٣/ ١٠٣٨.

الحالة الأولى ـ نفقة زوجة الغائب قبل الدخول:

إذا غاب الزوج قبل دخوله بمن عقد عليها، فهل تجب عليه نفقتها؟

إن معرفة الحكم في هذه الحالة يتطلب بيان موجب هذه النفقة، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية في ظاهر الرواية[(١)] وهو المفتى به عندهم[(٢)]، والمالكية في مقابل المشهور[(٣)]، والشافعية في القديم[(٤)]، والظاهرية[(٥)]؛ إلى أنها تجب بالعقد الصحيح.

---

(١) ظاهر الرواية: هو القول الراجح عند أئمة الحنفية، وهي المسائل التي رويت في الكتب الستة لمحمد بن حسن الشيباني، ومن الألفاظ المرادفة: ظاهر المذهب، وظاهر الأصول، وغير ذلك.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٧٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٨. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٦ ـ ١٨٧. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٨٥. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٣٧٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٤.

(٣) حاشية العدوي: ٢/ ٦٨.

(٤) وعبارة الشافعية في القديم: إنها تجب بالعقد وتستقر بالتمكين. وقد اختلفت الأقوال عند الشافعية في جعل هذا القول قديماً، فقد ذكر الشربيني أن هذا القول حكي جديداً، ويقول الشيخ عميرة: «لكن جعل الثاني [أي القول بوجوب النفقة بالعقد] قديماً فيه نظر، ففي مختصر البويطي آخر قولي الشافعي لها النفقة من يوم عقد النكاح: وهو أحب القولين إلي». وهذا يدل على الاختلاف الكبير عند الشافعية في هذه المسألة، إلا أن المعتمد عندهم ما جاء في الجديد. ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. حاشية عميرة: ٤/ ٧٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٣. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٢. حاشية البيجوري: ٢/ ٣٥٢.

(٥) ذهب الظاهرية إلى أن الرجل ينفق على امرأته من حين العقد، سواء أدعي إلى البناء أم=

وتستحق الزوجة النفقة من ساعة العقد وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج، إذا لم يطلب الزوج انتقالها؛ لأن النفقة حق المرأة، والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه مع إمكان استيفائه، وهذا لا يوجب بطلان حقها[1].

فإذا طلب الزوج انتقالها فامتنعت، فإن كان امتناعها بحق، كأن تمتنع من أجل استيفاء مهرها المعجل، أو رفضت الانتقال معه إلى دار مغصوبة، فلها النفقة؛ لأنها امتنعت بحق.

أما إن كان بغير حق، بأن كان الزوج قد وفاها مهرها، أو كان مؤجلاً، فلا نفقة لها لنشوزها[2].

ودليلهم على وجوب النفقة بالعقد وجوبها للرتقاء والمريضة مع تعذر الاستمتاع بهما؛ ولأن الزوجة ممنوعة من الرجال بحبسه[3].

وخلاصة هذا القول: أن المرأة تستحق نفقتها إثر عقد النكاح الصحيح وقبل الدخول، وإن لم تنتقل من بيت أبيها، بشرط أن لا تمتنع المرأة عن تسليم نفسها إلى زوجها وقت وجوب التسليم والإقامة معه، فإذا امتنعت لغير حق فلا نفقة لها عند الحنفية والشافعية حينئذ لنشوزها، خلافاً للظاهرية.

= لم يدع، صغيرة كانت ولو في المهد أم كبيرة؛ ناشزاً أم غير ناشز. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(١) العناية للبابرتي: ٤/ ٣٧٨. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١٩. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٤.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٢.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢١٤. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٧٨. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٦٠.

القول الثاني: وهو لجمهور المالكية[(١)]، والشافعية في الجديد[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، وبعض المتأخرين من الحنفية، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً[(٤)]، وقد ذهبوا فيه إلى وجوب النفقة للزوجة بالتمكين التام[(٥)] فعلاً أو حكماً لا بالعقد.

واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول:

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٢٤٢. حاشية العدوي: ٢/ ٦٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٨٣. التلقين للقاضي عبد الوهاب: ١/ ٢٩٩. المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٤/ ١٢٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٦٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٥٩. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٧٧ ـ ٧٨. يقول الشربيني: «وهل التمكين سبب أو شرط؟ فيه وجهان أوجههما الثاني»، ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. ورُد على ذلك أن النفقة دائرة مع التمكين وجوداً وعدماً، وهذا شأن السبب لا الشرط؛ لأنه لا يلزم من وجوده الوجود، فالمناسب جعله سبباً لا شرطاً. ينظر: حاشية البجيرمي على شرح الخطيب: ٤/ ٨٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٧٠. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٢.

(٤) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٦ ـ ١٨٧. اللباب للميداني: ٢/ ٢١٠. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٢ ـ ٥٧٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٩.

(٥) التمكين عند الشافعية لا يتم إلا بأمرين: الأول: أن تمكنه من الاستمتاع بها ليلاً ونهاراً، فإذا مكنته ليلاً فقط فقد اختل التمكين، والثاني: أن تمكنه من نقلها معه حيث شاء في البلد الذي تزوجها فيه، وكذلك غيره من البلاد في حال أمن الطريق، فإن مكنته من أحدهما دون الآخر لم تجب النفقة، وعدم التمكين يكون بأمور، منها الامتناع من الوطء وغيره من الإستمتاعات. ينظر: أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٤. فتاوى الرملي: ٣/ ٣٧٢. حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٨٧. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٥٩.

أما المنقول: فإن النبي ﷺ تزوج عائشة في السادسة من عمرها، وبنى بها بعد عامين[١]، ولم ينقل أنه دفع لها النفقة قبل البناء بها، ولو كان حقاً واجباً لأداه، ولو وقع لنقل[٢].

وأما من المعقول: فإن الزوجة لما سلمت ما ملكه الزوج عليها، فقد استحقت ما يقابله من الأجرة، ولا تجب النفقة بالعقد؛ لجهالة مقدار النفقة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً، ثم إن العقد يوجب عوضاً وهو المهر، فإن قيل بوجوب النفقة أيضاً، فإن ذلك يؤدي إلى إيجاب عوضين مختلفين في عقد واحد، والعقد لا يوجب ذلك.

ثم إن المهر لما وجب بالعقد فقط لم يسقط بالنشوز، فإن وجبت النفقة بالعقد فقط، فإن القياس يقضي بعدم سقوطها بالنشوز[٣].

---

(١) حديث زواج النبي ﷺ بعائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري في كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ، باب تزويج النبي ﷺ عائشة، حديث: ٣٨٩٤. ومسلم في كتاب النكاح، باب جواز تزويج الأب البكر الصغيرة، حديث: ١٤٢٢. وقد نقلت أكثر الروايات أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست، وبنى بها وهي بنت تسع، وجاء في بعض الروايات أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع والجمع بينهما ـ كما يقول الإمام النووي رحمه الله ـ أنه كان لها ست سنوات وكسر، ففي أثر الروايات اعتمدت على السنين، وعدت السنة التي دخلت بها في بعضها الآخر. شرح النووي على صحيح مسلم: ٩/ ٢٠٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني، بهامش حاشية البجيرمي عليه: ٤/ ٨٧. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٧٩. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٥. وينظر: حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٨٧.

(٣) أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٣. حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٨٧.

ومن خلال المقارنة بين القولين السابقين نجد أن المالكية الذين قالوا بأن موجب النفقة على الزوجة أن تمكن زوجها من نفسها قد فسروا التمكين بأنه عبارة عن عدم الامتناع إذا طلبها الزوج، وهذا عام يشمل الحاضر والغائب[(١)]، أو أن تدعوه للدخول بها إذا كان حاضراً أو في حكم الحاضر، بأن كانت غيبته قريبة[(٢)].

وهم بهذا التفسير يلتقون مع الحنفية الذين قالوا بوجوب النفقة من حين العقد الصحيح، ويعلقون ذلك على عدم امتناعها عن الانتقال معه، أو عن التمكين دون وجه حق[(٣)]، وعدم الامتناع هذا يعد بمنزلة التمكين الحكمي، ويدخل بشكل مباشر في مفهوم التمكين عند المالكية، وبذلك يظهر أنه ليس ثمة فرق من حيث النتيجة بين قول الحنفية وقول المالكية.

إلا أن الخلاف يستمر واضحاً مع الشافعية والحنابلة والظاهرية، فنصوص الشافعية في الجديد والحنابلة تدل على أن عدم الامتناع لا يعد تمكيناً[(٤)]، بل إن

---

(١) يقول العدوي في معرض بيانه ذلك: «ولا يخفى أن التمكين هو عبارة عن عدم الامتناع إذا طلب وطأها». حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤/ ١٨٣، ويقول الدسوقي في بيانه للزوجة الممكنة: «وهي التي لا تمتنع من الوطء إذا طُلبت». حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤/ ١٨٣ ـ ١٨٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٢.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٢. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٩. حاشية الرملي على تبيين الحقائق: ٣/ ٥٣. غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي: ١/ ٤١٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٧ ـ ١٦٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٦ ـ ٤٦٨.

(٤) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٧. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٣. البيان للعمراني: ١١/ ١٩٠.

الحنابلة ينصون على أن الزوجين إذا تساكنا بعد العقد، فلم تبذل الزوجة نفسها هي، أو لم يعرض وليها التسليم، ولم يطلبها الزوج، فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك[1]، وبالتالي فإن النفقة على القول المعتمد في المذهب الشافعي والحنبلي لا تجب بعدم امتناع المرأة وسكوتها؛ لعدم تحقق التمكين.

أما الظاهرية فيرون أن العقد وحده يعد كافياً لإيجاب النفقة على الزوج سواء أدعي إلى البناء أم لم يدع، بل إن نفقة الزوجة واجبةٌ على الزوج وإن كانت ناشزاً[2].

وبناءً على ما تقدم: فإن نفقة زوجة الغائب تجب على الزوج وإن لم يدخل بها إذا وجد موجبها، وهو التمكين حقيقة أو حكماً، وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء؛ لأن الزوجة محبوسة لمنفعة الزوج، وهذا ينتج عنه لزوم نفقتها عليه، فإذا مكنت الزوجة زوجها من نفسها ولم يستلم، أو غاب قبل أن يتسلمها، فقد ترك حق نفسه مع إمكان استيفائه، وهذا لا يؤدي إلى إبطال حقها في النفقة.

أما إذا امتنعت من الزوج، وأحجمت عن تمكينه ـ ولو في غيبته ـ دون وجه حق مما يجعلها ناشزاً، فلا نفقة لها عند الجمهور، خلافاً للظاهرية الذين قالوا بوجوب النفقة لها من حين العقد، ناشزاً كانت أو غير ناشز.

فإذا لم تعرض عليه التمكين، ولم يطالبها الزوج بالزفاف قبل غيابه، ومضت على ذلك مدة، فهل تجب نفقتها عليه بسكوتها وعدم امتناعها عن التسليم فيما لو طُلِبَتْ، بحيث يعد عدم الامتناع تمكيناً عند من اشترط التمكين؟

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٢.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

عند الجمهور تجب نفقتها من حيث النتيجة، خلافاً للشافعية في الجديد والحنابلة الذين قالوا بعدم استحقاقها للنفقة؛ لأن عدم امتناع الزوجة لا يعد تمكيناً، والنفقة إنما تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح.

وثمة تفصيل عند المالكية يحسن ذكره، حيث ذهبوا في المعتمد عندهم إلى عدم التفريق بين غيبة قريبة وأخرى بعيدة، فلزوجة الغائب النفقة وإن لم تدعه قبل غيبته، بشرط بلوغه وإطاقتها، وطلبِها للإنفاق عند حاكم، وليس عليها انتظاره، ويسألها القاضي: هل تمكنين زوجك لو كان حاضراً، فإن قالت: نعم، فرض لها، ويكفي لوجوبها بحيث لو طلبت للدخول لمكنت أو أجابت بنعم، ولا يشترط طلبُها بالفعل؛ لتعذر التمكين عليها في غيبة الزوج(١).

وذهبوا في قول ثان عندهم إلى التفريق بين الغيبة البعيدة والقريبة(٢)، فإذا كان الزوج غائباً في غيبة قريبة فهو بحكم الحاضر، ولا تجب النفقة لها حتى تدعوه للبناء، فإن دعته وهو قريب كتب الحاكم له إما أن يبني أو ينفق.

وإن كان بعيد الغيبة فلا حاجة للكتابة إليه، ويكفي في وجوب النفقة لها ألا تمتنع من التمكين، وذلك بأن يسألها القاضي، كالقول الأول، ورأى المالكية أن الأحسن أن يراد بالممكنة الداعية للدخول في حالة الزوج الحاضر، والإجابة بالتمكين في حق الغائب(٣).

---

(١) الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣. حاشية العدوي على الخرشي: ٤/ ١٨٤. حاشية العدوي على كفاية الطالب: ٢/ ٦٨. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٢ ـ ١٨٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٨٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣. شرح الخرشي: ٤/ ١٨٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٢.

(٣) حاشية العدوي على الخرشي: ٤/ ١٨٤.

وقيل: يحسن فرضها إن سافر دون علمها ومضى أمد البناء، أو بعلمها ولم يعد في الوقت المعتاد[١]، وقيل غير ذلك.

أقول: لعل تفريق المالكية بين الغيبة البعيدة والقريبة يعود إلى تعذر الاتصال ببعيد الغيبة، ولذلك لم يشترطوا إعلامه، وهذا التفريق كان مناسباً لعصرهم، حيث كانت الاتصالات وقتها تستغرق وقتاً طويلاً، أما وقد تبدل ذلك وتقدمت وسائل المواصلات والاتصالات لدرجة كبيرة جداً، فلم تعد ثمة حاجة إلى التفرقة بين غيبة قريبة أو بعيدة.

ولكن إذا أرادت الزوجة تسليم نفسها في غياب زوجها، بهدف إيجاب النفقة لها، فهل ينتج هذا التسليم أثره عند الشافعية والحنابلة؟

ذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى أن زوجة الغائب إذا رفعت أمرها إلى القاضي، وأظهرت له رغبتها بالتسليم والطاعة، أو أظهره وليها، فحينئذ يجب على القاضي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي يقيم الزوج فيه إن عُرِف؛ ليستدعيه ويعلمه رغبة زوجته، ويطلب منه الحضور.

فإن جاء الزوج واستلمها، أو وكل من يتسلمها له، وجبت النفقة لها من حين الاستلام؛ لأن عرضها قبل ذلك كعدمه، فإن لم يفعل أياً من ذلك مع قدرته عليه، فرض القاضي عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكنه الوصول فيه

---

(١) منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٨٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٧٦. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠١ ـ ٢٠٢. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٨٤ ـ ٥٨٥.

لاستلامها بعد أن علم برغبتها؛ لأن التمكين لا يتحقق إلا بذلك، ويعد الزوج بحكم المتسلم لها؛ لأنه كان قادراً على التسلم، وامتنع عن ذلك مع أنها بذلته له، وذلك يُلزمه نفقتها كما لو كان حاضراً؛ لأن المرأة قامت بما عليها، وهو بذل نفسها الذي يقوم مقام التمكين بحق الحاضر، غير أنه إذا لم يعد ولم يوكل لعذر، فليس ثمة إعراض منه عن التسلم، فلا يُفرض عليه شيء.

وثمة قول عند الشافعية ذهبوا فيه إلى وجوب نفقة زوجة الغائب إذا علم الزوج أنها تعرض نفسها عليه، ولو كان ذلك بإخبار مقبول الرواية، وهذا القول لم يتعرض للرفع إلى القاضي، ولا لكتابته[1].

وما أراه راجحاً في هذه المسألة هو القول بوجوب نفقة زوجة الغائب قبل الدخول على زوجها ما لم تمتنع؛ لأنها تعد بحكم الممكنة من نفسها، أي إن عدم الامتناع من الزوجة يعد تمكيناً، وباستطاعة الزوج أن يستمتع بها متى شاء، فإن لم يفعل كان العذر من جهته، وتأخر الزوج في استيفاء حقه لا يقتضي إسقاط حق الزوجة، وما دامت هذه المرأة قد حبست لحق الزوج فقد اقتضى ذلك أن تجب نفقتها نظير هذا الاحتباس.

فالعقد يوجب المهر، على حين يوجب الاحتباس التام ـ حقيقة أو معنىً ـ النفقة، فإذا نشزت فقد خرجت عن معنى الاحتباس والطاعة وأخلت بذلك، فتسقط نفقتها حينئذ.

ومما يرجح ذلك قياس زوجة الغائب قبل الدخول على زوجة الغائب بعد الدخول، أو على زوجة المريض، بجامع عدم وطء الزوج في هاتين الحالتين،

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٥.

وليس ثمة من يقول بإسقاط نفقة المريض لمرضه أو الغائب لغيبته وعدم استمتاع كل بزوجته.

أما نفقة زوجة الغائب قبل الدخول في القانون، فإنه وإن لم ينص على ذلك صراحة، إلا أن مفهوم المادة /٧٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري يفيد استحقاقها للنفقة؛ لأن القانون نص على وجوب النفقة على الزوج من حين العقد الصحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها زوجها بالانتقال معه وامتنعت بغير حق[١]. وقد استمد القانون ذلك من مذهب الحنفية والشافعية في القديم.

ونص القانون المصري أيضاً على وجوب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً[٢].

الحالة الثانية ـ نفقة زوجة الغائب بعد الدخول:

نفقة الزوجة واجبة بعد الدخول باتفاق الفقهاء إذا توافرت شروطها، وانتفت مسقطاتها، فإذا غاب الزوج بعد دخوله بزوجته ووجوب نفقته عليها، فلا أثر لغيبته على نفقتها؛ لأن الزوجة لم تخرج عن طاعته، ولم يوجد منها ما يسقط نفقتها، وفوات حق الزوج كان بسبب لا دخل لها فيه[٣].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لنجاة قصاب حسن: ٩٨.

(٢) ينظر: المادة /١/ من الفقرة الأولى من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠، والمعدلة بالقانون رقم /١٠٠/ لعام ١٩٨٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٤ ـ ٦٠٥. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٥، ١١/ ٣٨ ـ ٣٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٦٨. شرح الخرشي: ٤/ ١٨٤. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٣. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥، ٥/ ٩٥. حاشية الجمل: ٤/ ٤٩٩. تحفة المحتاج لابن =

وللزوجة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها الغائب دون إذنه؛ لأنها واجبة عليه[١]، واستدلوا لذلك بقوله ﷺ لهند: «**خذي من ماله ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف**»[٢].

وقد ترجم البخاري لإحدى روايات هذا الحديث بقوله: نفقة المرأة إذا غاب زوجها ونفقة الولد[٣].

وهذا يفيد أنه استخلص من هذا الحديث ما يدل على جواز أخذ المرأة نفقتها في حال غياب زوجها، وقد نفى الإمام النووي ـ رحمه الله ـ غياب أبي سفيان؛ لأن القصة حدثت في مكة، وأبو سفيان كان حاضراً بها[٤].

أقول: وعلى التسليم بأن الحديث لا يفيد في الاستدلال على حكم يتعلق بالغائب، إلا أنه واضح الدلالة على أن رسول الله ﷺ أذن لهند أن تأخذ من مال زوجها دون إذنه بالمعروف قدر كفايتها.

= حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٤. حاشية البجيرمي: ٤/ ١١٤. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٨. أدب القضاء لابن أبي الدم: ٦٨٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٣. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٣٢.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٧. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠٢. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٧. فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٣٨.

(٢) سلف تخريجه عند البخاري ومسلم، ينظر ص: ٤٠.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٢٩.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٧. وقد مر الحديث عن ذلك مفصلاً في حكم القضاء على الغائب في الفصل الأول من هذا الباب.

فإذا كان رسول الله ﷺ قد أذن لهند أن تأخذ من مال زوجها دون علمه أو إذنه وهو حاضر معها، فمن باب أولى أن يتضمن ذلك الإذن بالأخذ حال غيابه؛ لأن الحاجة في غيبته أكثر.

فإذا أوجب الشرع النفقة لشخص على آخر، جاز له أن يأخذ من ماله قدر كفايته، إن لم يقم من وجب عليه الحق بالإنفاق، حاضراً كان أم غائباً، بدلالة حديث هند[1].

ويتفق قانون الأحوال الشخصية السوري وكذا المصري مع الرأي الفقهي في هذه المسألة، ومع أن كلا القانونين لم يتعرض لذكر ذلك صراحة، إلا أن المفهوم من المادة /١١٠/ من القانون السوري، والمادة /٥/ من قانون الأحوال الشخصية المصري يفيد ذلك[2]، حيث قرر القانونان إيجاب النفقة للزوجة في مال الغائب، فضلاً عن نص المادة /٧٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أوجب النفقة على الزوج من حين العقد الصحيح، وكذا المادة /١/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠، والمعدلة بالقانون رقم /١٠٠/ لعام ١٩٨٥ من قانون الأحوال الشخصية المصري التي قررت إيجاب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً، وزوجة الغائب تدخل ضمناً تحت الحكم الذي جاءت به هاتان المادتان.

ويتعلق بنفقة الزوجة الغائبة بعض المسائل أجد في بيانها إغناءً للبحث:

---

(١) سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٢٢٠. نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٣٨٥. شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٧. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦١. القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي: ٣٠٩.

(٢) قانون الأحوال الشخصية السوري، قصاب حسن: ١١٧. والمادة /٥/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٥ من قانون الأحوال المصري.

المسألة الأولى ـ القضاء على الغائب بنفقة زوجته:

إذا رفعت امرأة الغائب أمرها إلى القاضي ليفرض لها النفقة على زوجها، فهل يجيبها إلى طلبها؟

فرق الفقهاء في حكم القضاء على الغائب بالنفقة بين صورتين، إحداهما: أن يكون له مال حاضر، والثانية: أن لا يكون له مال، وفيما يأتي بيان كل صورة بشكل موجز:

الصورة الأولى ـ إذا كان للزوج الغائب مال حاضر:

اتفق الفقهاء ـ من حيث النتيجة ـ على جواز القضاء على الغائب بنفقة زوجته، وصورة ذلك:

أن تطلب زوجة الغائب من القاضي أن يفرض نفقتها في مال زوجها الذي بين يديها، أو في وديعته عند الغير، أو دينه على الغير، أو في مال المضاربة، فإذا طلبت المرأة ذلك فرض القاضي لها نفقتها في ذلك المال.

إلا أن ثمة شروطاً وتفصيلات في المذاهب الفقهية تتعلق بفرض هذه النفقة يحسن بيانها، وسأعرضها عند جمهور الفقهاء أولاً، ثم عند الحنفية.

أولاً ـ عند الجمهور:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بجواز القضاء على الغائب، ومن ذلك القضاء عليه بنفقة زوجته[1]، وقد عرضت أدلة الجمهور عند الحديث عن القضاء على الغائب، فلا حاجة للإعادة.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٧. شرح الخرشي: ٤/ ١٩٩ ـ ٢٠٠. المدونة الكبرى: ٢/ ١٨٣. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٨. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٣٤.

وقد اشترط المالكية والشافعية[1] للقضاء بنفقة زوجة الغائب أن تحلف على استحقاقها النفقة، وأنها لم تقبض النفقة منه عن مدة غيابه، وأن الغائب لم يوكل أحداً بدفع نفقتها، واشترط الشافعية أيضاً ثبوت النكاح، وإقامتها في مسكنه[2].

ثانياً ـ عند الحنفية:

إذا كان للزوج الغائب مال حاضر في بلد زوجته، فإما أن يكون هذا المال بيدها، أو بيد غيرها.

فإن كان بيدها وطلبت من القاضي فرض النفقة لها، فإن علم بالزوجية والمال فَرَضَ لها فيه النفقة، وعلل الحنفية ذلك بأنه إيفاء لحقها، وليس قضاءً بنفقة الزوجة، بدليل حديث هند؛ ولأن لها أن تأخذه وتنفق منه على نفسها دون فرض القاضي[3].

أما إن كان المال حاضراً، ولكنه بيد غيرها، فذهب الحنفية[4] في هذه الحالة إلى أن القاضي يفرض النفقة لزوجة الغائب بناءً على طلبها؛ لأن نفقة الزوجة واجبة قبل قضاء القاضي؛ ولها أن تأخذها بنفسها.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠ ـ ٥٢١. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٧٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩ ـ ٢٠٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٠. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠١. حاشية البجيرمي: ٤/ ٨٨.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٦. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٠. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٧.

والأصل عند الحنفية أن كل من يستحق النفقة من الغائب عند حضوره دون حاجة إلى قضاء القاضي، ينفق عليه من ماله عند غيابه؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة[١].

أقول: وفرض القاضي النفقة على الغائب هو عين القضاء عليه، وهذا غير جائز عند الحنفية، ولذلك حاول الحنفية الخروج من هذا التناقض بالقول: إن فرض القاضي لا يعد قضاءً، إنما هو فتوى، وإعانة لها على أخذ حقها، وإعانة له على إحياء زوجته، والقاضي مكلف بحفظ ماله وملكه عليه، ويدخل في ذلك فرض النفقة لزوجته من ماله؛ لأن في حفظ زوجته حفظ ملكه[٢].

وقد ذكر الحنفية بعض الشروط لكي يفرض القاضي لزوجة الغائب النفقة في ماله الحاضر في يد الغير، وفيما يأتي بيانها:

١ ـ اشترط الحنفية في بعض أقوالهم أن يكون الغائب بعيداً مدة سفر، وقد استحسن ابن نجيم رحمه الله هذا القيد، ورأى وجوب حفظه؛ لأن الغائب فيما دون هذه المسافة يسهل إحضاره ومراجعته، على حين خلت أقوالهم الأخرى عن هذا القيد، فيفرض القاضي النفقة لزوجة الغائب مطلقاً، سواء أكان بينهما مدة سفر أم لا[٣].

---

(١) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٤ ـ ٦٠٥. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠٢. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٥. وقد ذكر ابن عابدين أقوالاً أخرى منها: إن للقاضي أن يفرض لها حتى لو ذهب الزوج إلى القرية وتركها في البلد. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٤.

٢ ـ أن يكون المال من جنس نفقتها، كالنقود أو الطعام أو الكسوة.

٣ ـ أن يقر الوديع، أو المدين، أو المضارب بأن المال الذي يقع بقبضتهم هو مال الغائب، وأن يقروا أيضاً بالزوجية[1].

فإذا أقر الوديع، أو المدين، أو المضارب بالمال والزوجية، فقد أقر بأن للزوجة حق استيفاء نفقتها؛ لأن لها أن تأخذ نفقتها من مال زوجها دون رضاه بدلالة حديث هند، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه، لا سيما في مسألة النفقة، فإن إقراره هنا أشد قبولاً من إقراره في مسائل أخرى؛ لأنه تعين طريقةً لإثبات الحق[2]، فيفرض القاضي النفقة لزوجة الغائب في ذلك المال بناءً على ما أقر به صاحب اليد على المال؛ وهذا عند أئمة الحنفية الثلاثة، أما زفر الذي أخذ بالقياس في هذه المسألة[3]، فقال: لا يجوز للقاضي أن يفرض النفقة على الغائب بناءً على إقرار المودَع أو المدين؛ لأنه قضاء على الغائب بلا خصم يحضر عنه، فالمودع أو المدين ليسا بخصم عن الغائب، وإقرارهما ليس حجة عليه[4].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣ ـ ٢١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠٢. وقد ذكر الحنفية أيضاً أن القاضي يحتاط للغائب بتحليف الزوجة على أن الغائب لم يعطها النفقة؛ لأنها ربما استوفت نفقتها، أو أن زوجها طلقها وانقضت عدتها. ينظر: مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٥. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٧. تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ٧٤. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٧.

(٢) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠٠. وينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣ ـ ٢١٤.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٦.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

وأجاب الحنفية عن استدلال زفر: بأن فرض القاضي في هذه الصورة لا يعد قضاءً بل إعانة، وقالوا أيضاً: إن المودَع أو المدين يقر بأن ما تحت يده من مال إنما هو ملك للغائب، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان بما في يده معتبر، فينتصب المودَع أو المدين خصماً عن الغائب بالنظر لما تحت يده، ثم يتعدى القضاء منه إلى الغائب، وهذا الجواب يفيد أن الحنفية يعدونه قضاءً لا إعانة، وإن كان بطريق غير مباشر[1].

وقالوا أيضاً: «قد يقال في جوابه ـ أي: ما استدل به زفر ـ نعم، القياس ما ذكرت، لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان»[2].

أما إذا أقر صاحب اليد على المال بأحد الأمرين، وجحد الآخر، ولم يعلم به القاضي أيضاً، وأرادت الزوجة إقامة البينة لإثبات ما جُحد فإن القاضي لا يقبل منها ذلك، وليس له أن يفرض النفقة لها بناءً على ما أثبتته من وجود الزوجية؛ لأن سماع البينة والفرض يكون حينئذ قضاءً على الغائب دون خصم حاضر ينوب عنه.

أي إن صاحب اليد إذا أنكر الزوجية فإن الزوجة لا يمكنها إقامة البينة لإثباتها؛ لأن الوديع أو المدين ليس بخصم عن الغائب في دفع ادعائها الزوجية[3]،

---

(١) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٤.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤.

(٣) يقول السرخسي ـ رحمه الله ـ: «كان أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يقول أولاً: تقبل بينتها على الزوجية؛ لأنها تدعي حقاً فيما في يده من المال بسبب، فكان خصماً في إثبات ذلك السبب، كمن ادعى عيناً في يد إنسان أنه له، اشتراه من فلان الغائب، ثم رجع وقال: لا تقبل بينتها على ذلك». المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٧.

وكان زفر وأبو يوسف يقولان بذلك ثم رجعا عنه أيضاً. ينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

وكذلك إذا أنكر المال، فإن الزوجة ليست بخصم عن زوجها الغائب في إثبات حقوقه[١].

أما عند زفر وأبي حنيفة في قوله القديم الذي رجع عنه، فإن القاضي يسمع بينتها، ولا يقضي لها بالزوجية، إنما يفرض لها النفقة من مال الزوج.

وأساس هذا القول عند زفر النظر للمرأة والاحتياط لحقها، سيما وأنه لا ضرر فيه على الغائب، فإنه إن حضر وصدقها كانت آخذة لحقها، وإن جحد ذلك فلا بد من إقامة البينة من جديد لإثبات استحقاقها، فإن لم تثبت رجع الغائب عليها أو على الكفيل، وهذا القول أرفق، وعليه الفتوى[٢].

واشتراط الإقرار بالمال وبالزوجية موضعه ما لم يكونا ثابتين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين معروفين، فليس ثمة حاجة للإقرار بهما.

وإذا علم القاضي أو ثبت عنده أحدهما، فلا بد من الإقرار بالآخر، كأن يثبت عنده أن المال حق للغائب، فيُشترط لفرض النفقة فيه إقرار من كان المال تحت يده بالزوجية[٣].

وفَرْضُ النفقة لزوجة الغائب بناءً على علم القاضي لا يتنافى مع القول بأن

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٥. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٢. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٣. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٦.

القاضي لا يقضي بعلمه[1]؛ لأن فرض القاضي ليس قضاءً، بل إعانة وفتوى[2].

الصورة الثانية ـ إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر:

اختلفت الأقوال في هذه الصورة أيضاً، وسأبحث ذلك عند الجمهور أولاً، ثم أبين مذهب الحنفية في ذلك.

أولاً ـ عند الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى القول بجواز القضاء بالنفقة لزوجة الغائب وإن لم يكن له مال حاضر.

إلا أن ثمة تفصيلات في كل مذهب ينبغي بيانها:

١ ـ **المالكية:** إذا غاب الزوج ولم يترك لزوجته نفقة، ولم يعثر له على مال حاضر، فإن هذا الزوج في غيبته لا يخلو إما أن يكون موسراً أو معسراً.

فإن كان موسراً وعلم أنه مليء فرض القاضي عليه نفقتها، أما إن علم عسره، أو جهل أمره، لم يفرض القاضي لها شيئاً عليه؛ لأن النفقة لا تلزم المعسر عند المالكية، ولو بحكم حاكم[6].

---

(١) اختلفت أقوال فقهاء المذاهب في جواز القضاء بعلم القاضي في حقوق الآدميين، أما حقوق الله تعالى فلا خلاف في عدم جواز ذلك. ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ٧. معين الحكام للطرابلسي: ١٢١. الأم للشافعي: ٥/ ١٨٢. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٢٩٣. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٥ـ٣٠٦.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠ ـ ٥٢١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٥.

(٥) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٩١.

(٦) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠١. المنتقى للباجي: ٤/ ١٢٧. وينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٨ـ٥١٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣.

فالمالكية يفرضون النفقة لزوجة الغائب في ماله الحاضر؛ لانتفاء إعساره، وكذلك في مال الغائب المرتجى حضوره[١].

٢ ـ **الشافعية**: ذكر الشافعية في بعض أقوالهم أن زوجة الغائب إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة على زوجها الغائب، وليس لزوجها أي مال حاضر، فإنه لا يفرض لها شيئاً إذ لا فائدة منه[٢].

فقد علل الشافعية عدم جواز الفرض بانتفاء وجود فائدته، وهذا يدل على فرضها إن نتجت عنه فائدة، ولذلك عقب صاحب تحفة الحبيب على ذلك بالقول: «إلا أن له فائدة هي منع المخالف من الحكم بسقوطها بمضي الزمان»[٣]، وفسر غيره المقصود بعدم الفائدة من الفرض بأن ذلك محله إذا لم تقترض عليه ولا أذن لها في الاقتراض[٤]، وإلا فإذا أرادت الاقتراض عليه أو أذن القاضي لها بذلك فإن الفائدة ظاهرة.

ومن فوائد الفرض أيضاً احتمال ظهور مال له، فتأخذ منه دون حاجة إلى أن ترفع أمرها إلى القاضي[٥].

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠.

(٣) «حاشية البجيرمي على الخطيب» تحفة الحبيب على شرح الخطيب: ٤/ ٨٨. وذلك في إشارة منه إلى الحنفية الذين يقولون بسقوط النفقة الماضية عن الزوج ما لم تكن مفروضة من قبل القاضي أو بالتراضي وسيأتي الحديث عن ذلك لاحقاً بعونه تعالى.

(٤) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: ٧/ ٢٠٨.

(٥) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٠. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠١.

٣ ـ **الحنابلة**: لم يفرق الحنابلة في قولهم بجواز فرض النفقة على الغائب بين مال حاضر له وغير حاضر.

وفائدة الفرض إذا لم يكن له مال حاضر هو الخروج من الخلاف في سقوط نفقة المدة الماضية، فقد ذهبوا في رواية ضعيفة عندهم إلى سقوطها إلا أن يكون الحاكم قد فرضها[١].

ثانياً ـ الحنفية: إذا طلبت زوجة الغائب من القاضي أن يفرض لها على زوجها نفقة ولم يكن له مال حاضر، فإن الحكم يختلف بحسب علم القاضي بكونها زوجة له، أو عدم علمه بذلك.

فإذا كان القاضي عالماً بالزوجية، فلا حاجة في هذه الحالة إلى بينة، ويفرض القاضي لها نفقتها، ويأمرها بالاستدانة على الغائب، فإذا حضر أمره بقضاء ماستدانت عليه، وفرض القاضي هنا لا يعد قضاءً على الزوج الغائب؛ لأنه إيفاء لحقها؛ وهذا عند أبي حنيفة في قول، والصاحبين وزفر[٢].

وذهب أبو حنيفة في قوله الآخر إلى أن القاضي لا يفرض، وإن كان عالماً بالزوجية؛ لأن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه، والأصل عند الحنفية أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا في حالة حضور من يتولى الخصومة عنه[٣]، وليس ثمة من يقوم بذلك.

أما إذا كان القاضي غير عالم بالزوجية، وطلبت زوجة الغائب منه فرض النفقة وسماع البينة التي تثبت زوجيتها، فهل يسمع القاضي بينتها ويفرض نفقته؟

---

(١) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٧٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٨٩.

اختلف الحنفية في ذلك، فذهب الإمام وصاحبيه إلى عدم سماع البينة؛ لأن البينة على أصل الحنفية لا تسمع إلا على خصم حاضر، والخصم هنا غائب مما يمنع سماعها[١].

أما عند أبي يوسف في رواية عنه وزفر، فإن القاضي يسمع بينتها، ويفرض نفقتها على الزوج ويأمرها بالاستدانة، فإن حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين، وإن أنكر الزوجية طلب القاضي منها إعادة البينة، فإن لم تفعل أمرها برد ما أخذت[٢].

والبينة التي يسمعها القاضي ـ على قول زفر ـ إنما تسمع لإثبات النكاح على الغائب، حتى يقال: إن غيابه يحول دون ذلك؛ لأنه قضاء على الغائب، ولكن تسمع كي يتوصل بها إلى إثبات حق الزوجة في فرض نفقتها.

وأساس هذه التفرقة تقوم على جواز سماع البينة في حق حكم دون آخر، كقبول شهادة رجل وامرأتين في جريمة السرقة، فهذه البينة تقبل من جهة إثبات المال دون إيجاب القطع.

وقول زفر هذا فيه نظر لمصلحة الزوجة، وهو من المسائل الست التي يفتى فيها بقوله لحاجة الناس وهو الأرفق بهم[٣].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٠ ـ ٤٠٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧. اللباب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٢) الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٧. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٠. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٧. اللباب للميداني: ٢/ ٢١٣. غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام للشرنبلالي الحنفي: ١/ ٤١٧.

وما أراه راجحاً في هذه المسألة ما ذهب إليه الجمهور من جواز القضاء على الغائب بالنفقة وسماع بينة الزوجة في ذلك، تبعاً للقول الذي رأيت اختياره في حكم القضاء على الغائب.

وهذا القول فيه مصلحة للزوجة وليس فيه إضرار بالغائب، ولذلك اختار الحنفية للفتيا قول زفر الذي يتفق مع جمهور الفقهاء من حيث النتيجة.

أما القضاء على الغائب بنفقة زوجته في القانون، فقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الجمهور، وهذا يفهم من المادة /١١٠/ حيث نصت على إمهال الزوج الغائب مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما(١).

أما القانون المصري فقد أخذ أولاً بمذهب الحنفية، ثم عدل عن ذلك عندما صدر القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠، ونص على أنه إذا كان للغائب مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وأن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة، وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل لزوجته ما تنفق منه على نفسها، أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل، وهذا في قريب الغيبة، أما إن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، وثبت أنه لا مال له تنفق الزوجة منه طلق عليه القاضي(٢)، وهذا يفيد القضاء على الغائب بنفقة زوجته. وقد استمد القانون هذه المادة من المذهب المالكي.

المسألة الثانية ـ عودة الزوجة عن النشوز في غياب الزوج:

النشوز في اللغة مأخوذ من النشز، وهو المكان المرتفع، ونشزت المرأة

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لنجاة قصاب حسن: ١١٧.

(٢) المادة /٥/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠ من قانون الأحوال الشخصية المصري.

أي استعصت على زوجها[١]، أما الناشز في الاصطلاح: فهي المرأة التي تخرج عن الطاعة الواجبة للزوج عليها مما أوجبه له عقد النكاح[٢]. ومن أمثلة ذلك: أن تمنعه من الاستمتاع بها دون عذر، أو أن تخرج من بيتها دون حق كأن تخرج لمكان تعلم أن زوجها لا يأذن لها فيه[٣].

وبالنتيجة فإن كل ما يعد خروجاً عن طاعته بغير وجه حق يعد نشوزاً، والنشوز يسقط نفقة الزوجة[٤] عند جمهور الفقهاء[٥] خلافاً للظاهرية[٦].

واختلافهم في ذلك ناجم عن معارضة العموم للمفهوم، فالعموم في قوله ﷺ: **«ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**[٧] يستغرق الزوجة

---

(١) مختار الصحاح، مادة: نشز.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٤٣. الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٦.

(٣) الدر المختار للحصكفي: ٣/ ٥٧٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩١. التاج والإكليل للمواق: ٤/ ١٨٨.

(٤) جاء في مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. أن المراد بسقوط النفقة هنا عدم الوجوب؛ لأن سقوط النفقة يقتضي أن يتم ذلك بعد الوجوب.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٦. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٦. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٢. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٤٣٨. منحة الخالق لابن عابدين على البحر الرائق: ٤/ ١٩٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٤٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٥١. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٨٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٣. الفروع لابن مفلح: ٥/ ٤٨٥. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٩.

(٦) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٧) سلف تخريجه ص: ٢٥٦.

الناشزة وغيرها، مما يقتضي الاشتراك في وجوب النفقة لهما، ويتعارض ذلك مع المفهوم من كون النفقة في مقابلة الاستمتاع، أو الاحتباس، وخروجها عن الطاعة دون وجه حق، يخل بكونها محتسبة لحق الرجل، كما أنه يخل بالاستمتاع إذا امتنعت عنه مما يسقط نفقتها[(١)].

واشترط المالكية لسقوط النفقة بالنشوز الشروط الآتية:

١ ـ أن يعجز الزوج عن ردها لطاعته، أما إن استطاع ردها بصلحها ولو بحكم حاكم، فلا تعد ناشزة وتجب لها النفقة حينئذ؛ لأنه كخروجها بإذنه[(٢)].

٢ ـ كما اشترط بعض المالكية أن يكون زوجها حاضراً، أما لو كان مسافراً وخرجت فلها النفقة، ولا تسقط[(٣)].

فإذا سقطت نفقة الزوجة بسبب نشوزها، ورغبت في العودة إلى الطاعة وزوجها غائب، فهل تملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[(٤)]، والشافعية في مقابل الأصح[(٥)]، إلى أن عودة الناشز إلى الطاعة في غيبة الزوج يستلزم عودة حقها في النفقة؛ لأنها

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٤٣، ٥١٤. حاشية العدوي على الخرشي: ٤/ ١٩١. حاشية الصاوي: ٢/ ٥١٢. منح الجليل لعليش: ٣/ ٥٤٥.

(٣) حاشية العدوي على الخرشي: ٤/ ١٩١.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٥. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٠.

(٥) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠. أدب القضاء لابن أبي الدم: ٦٨١.

خرجت عن أن تكون ناشزة، وبذلك زال المانع وعاد سبب النفقة وهو الاحتباس التام.

فالنفقة في هذا القول تعود فور عودة سببها؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان.

القول الثاني: ذهب الشافعية في الأصح(١)، والحنابلة(٢) والإمامية(٣)، إلى أن عودة الناشز في غيبة زوجها لا تكفي لإيجاب نفقتها بعد أن سقطت، بل لابد لذلك من أن يتسلمها الزوج من جديد، فالاحتباس أو التمكين الأول كان قائماً على أساس عقد الزواج وحضور الزوج، وبموجب هذا العقد ثبت حق الاحتباس والطاعة للزوج؛ ولذلك فإن النفقة تستمر ما دامت على الطاعة، وما استمر الاحتباس لحق الزوج موجوداً، فإذا نشزت فقد خرجت بذلك عما استلزمه العقد، فلا بد لها كي تستحق النفقة بعد سقوطها من التسليم مرة أخرى.

وحجة أصحاب هذا القول في عدم عودة استحقاقها النفقة، انتفاء التسلم أو التسليم في حالة الغيبة؛ لأنه لابد من حضور الزوج كي يقبل رجوعها أو استلامها من جديد.

فلا تعد عودتها في غيبة الزوج عودة شرعية؛ لأنها لم تسلم نفسها إليه، قياساً على ما لو أرادت أن تبذل نفسها قبل دخوله بها في حال غيابه؛ فإنها لا تستحق النفقة بمجرد البذل(٤).

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٢٣٩، ٥/ ١٧٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨. حاشية الجمل: ٥/ ٥٠١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٤٨٥. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٩.

(٣) شرائع الإسلام للحلي: ٢/ ٢٩٤.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٩ ـ ١٩٠.

إلا أن الشافعية والحنابلة ذكروا أن الطريقة التي ينبغي أن تتبعها لإعادة استحقاق النفقة لها بعد طاعتها في غياب زوجها، أن ترفع أمرها إلى القاضي فيكتب إلى حاكم بلده ليعلمه بطاعتها، فإذا عاد أو أرسل وكيلاً عنه أو استلمها من جديد عادت النفقة، وإن مضى زمن يمكنه العودة فيه ولم يعد دون عذر لزمته النفقة(١).

واستثنى الشافعية من ذلك حالة النشوز بخروجها عن طاعته في منزله(٢)، فإذا رجعت إلى الطاعة عادت النفقة. والمراد بعودتها إلى الطاعة أن ترسل له معلمة بعودتها إلى طاعته(٣).

أما المالكية فلم ينصوا صراحة على هذه المسألة، إلا أن مقتضى قواعد المذهب والشروط التي ذكروها لسقوط النفقة بالنشوز، تفيد سقوط نفقة الزوجة إذا نشزت قبل غيابه وعجز عن ردها إلى طاعته، فإذا أرادت العودة إلى طاعته، فما قيل في نفقة الزوجة قبل الدخول يقال هنا؛ لأنها تعد بحكم من أرادت أن تمكنه أو أن تعرض عليه ابتداءً(٤).

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨. فتاوى الرملي: ٣/ ٣٧٣. أدب القضاء لابن أبي الدم: ٦٨١.
الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٠.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠. واشترط الشافعية في أحد أقوالهم أن يحكم القاضي بطاعتها، ثم يرسل مخبراً الزوج بذلك، وهذا ما أفتى به ابن حجر الهيتمي في الفتاوى الكبرى: ٤/ ٢١٠. وينظر: الغرر البهية شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٨٤.

(٤) الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٨٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٢ ـ ١٨٣.

أما إذا نشزت خلال غيابه، فإن نفقتها لا تسقط لتخلف ما اشترطه المالكية من عجزه عن ردها لمحل طاعته، ويؤكد ذلك اشتراط المالكية في بعض أقوالهم حضور الزوج حيث قالوا: «أما لو كان مسافراً أو خرجت فلها النفقة»(١).

الفرع الثاني ـ نفقة أقارب الغائب:

مر معنا سابقاً أن الفقهاء ذكروا ثلاثة أسباب للنفقة: الزوجية والقرابة والملك، وقد تحدثت عن الزوجية، وأنتقل الآن للبحث في نفقة أقارب الغائب، ولابد قبل الحديث عنها من بيان حدود القرابة الموجبة للإنفاق، مع العلم أن القرابة تتألف من ثلاثة أقسام: الأصول والفروع والحواشي.

ضابط القرابة الموجبة للإنفاق:

اختلف الفقهاء في تحديد ضابط القرابة الموجبة للإنفاق، وسبب اختلافهم في ذلك يعود إلى عدم اتفاقهم في تحديد الموجب لها، أهو الولادة فقط؟، أم القرابة المحرمة للنكاح؟

وقد تباينت المذاهب الفقهية ما بين مضيق وموسع في نفقة الأقارب، فمنهم من خصصها بالولادة لدرجة واحدة فقط، على حين وسع بعضهم قليلاً لتشمل مختلف الدرجات من جهة الولادة، وذهب آخرون إلى أن السبب هو القرابة المحرمة للنكاح، ومنهم من وسع أكثر ليجعل السبب هو التوارث بينهما.

تحرير محل النزاع في تحديد مستحقي النفقة من الأقارب:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة للآباء والأولاد من درجة واحدة إذا كان الرجل موسراً، إلا أنهم اختلفوا في الأصول والفروع ما بعد الدرجة

---

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤/ ١٩١.

الأولى، كما اختلفوا في بقية الأقارب[١]، وفيما يأتي بيان ذلك في كل مذهب بشكل مختصر:

١ـ **الحنفية**: نص فقهاء الحنفية على أن القرابة نوعان: قرابة الولادة، وهي تشمل: الأصول والفروع، وقرابة غير الولادة، وهي نوعان: قرابة محرمة للنكاح، كالأخوة والعمومة، وقرابة غير محرمة للنكاح، كقرابة بني الأعمام والأخوال[٢].

ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولادة[٣]، أما قرابة غير الولادة، فقد اقتصروا منها على القريب المحرم العاجز عن الكسب، بخلاف غير المحرم فلا نفقة له[٤].

٢ـ **المالكية**: يعد المذهب المالكي من أضيق المذاهب في تحديده للقرابة الموجبة للنفقة، فقد حدد فقهاء المالكية ذلك بالآباء والأبناء لدرجة

---

(١) ينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤١٠، ٤١٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٨، ٢٢٤. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٢ ـ ٥٢٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٢ ـ ٢٠٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٤. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٣٥. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٩٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٠.

(٣) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٢٩٧. الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٢٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٨. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤١٠. العناية للبابرتي: ٤/ ٤١٥. وينظر: الفتاوى الهندية: ١/ ٥٦٠. تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ٦٧.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٢٨. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٣. الفتاوى الهندية: ١/ ٥٦٥.

واحدة فقط دون غيرهم، أي الأصول والفروع المباشرون[1]، فلا نفقة للأجداد والجدات قربوا أم بعدوا، وكذلك لا نفقة لولد الولد، ولا نفقة لغيرهم من الحواشي كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات من باب أولى[2].

٣ـ الشافعية: الموجب لنفقة الأقارب عندهم قرابة البعضيَّة فقط، وهم الأصول وإن علوا، والفروع وإن نزلوا؛ لأن الأصول آباء، والفروع أبناء، أما سوى هؤلاء من الأقارب كالأخوة والأعمام فلا نفقة لهم[3]؛ أي أنهم اقتصروا على عمود النسب.

٤ـ الحنابلة[4] والظاهرية[5]: وهم أوسع المذاهب في تحديدهم للقرابة الموجبة للإنفاق، فذهبوا إلى وجوب الإنفاق على الأصول وإن علوا، والفروع وإن نزلوا، يضاف إلى ذلك كل وارث أو موروث بفرض أو تعصيب.

فوجوب الإنفاق على الأقارب سوى عمودي النسب مقيد بالإرث لا بالرحم، فذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، إن كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة لهم، وقيل: تجب النفقة عليهم.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٢ ـ ٥٢٣. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٥١. حاشية العدوي: ٢/ ١٣٤ ـ ١٣٥.

(٢) حاشية العدوي: ٢/ ١٣٥. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٢ ـ ٢٠٤. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤١٥ ـ ٤١٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٤٣. حاشية البجيرمي على شرح الخطيب: ٤/ ٧٧ ـ ٧٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٥.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨١. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٩٢، ٣٩٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٥/ ٦٤٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٩٦.

(٥) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٦٦.

وضابط سريان النفقة على الأقارب هو الحاجة والعجز، وقد يكون الأنوثة أيضاً، حيث تستحق البنت النفقة حتى تتزوج وإن كانت غير محتاجة[١].

حكم نفقة أقارب الغائب:

اختلفت أقوال الفقهاء في هذه النفقة، وسأبحث في ذلك عند الحنفية أولاً، ثم عند الجمهور:

١ـ حكم نفقة أقارب الغائب عند الحنفية: فرق الحنفية بين قرابة الولادة وسواها من القرابات، كما فرقوا بين الحالة التي يكون للغائب مال حاضر فيها أو لا يكون، وهذا التفريق ناجم عن قولهم بمنع القضاء على الغائب، وسأبين ذلك في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى ـ أن يكون للغائب مال حاضر:

نص الحنفية على أنه إذا كان للغائب مال حاضر من جنس النفقة، فإن لأولاده الصغار، والكبار الذكور الزمنى الفقراء، والإناث الفقيرات، ووالديه المحتاجين، أن يأخذوا النفقة من مال الغائب إن كان في أيديهم؛ لأنهم ظفروا بجنس حقهم[٢].

فإذا طلب هؤلاء من القاضي أن يفرض لهم النفقة في ذلك المال فرضها لهم؛ لأن الفرض منه إعانة لا قضاء. بشرط أن يعلم القاضي بالنسب[٣].

---

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٢٨. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٣. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٢ ـ ٥٢٣. حاشية الصاوي: ٢/ ١٣٤ ـ ١٣٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٧٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٨. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٥.

وإذا كان مال الغائب وديعة عند إنسان أو ديناً له على الغير، وطلب أقارب الغائب من القاضي أن يفرض لهم النفقة في هذا المال، فلا يفرض لهم إلا أن يتوافر عنده أمران: أن يقر المدين أو الوديع بالمال والنسب، فإن أقر بالمال وجحد النسب، وكان القاضي عالماً بثبوت النسب قضى لهم وإلا فلا(١).

والإقرار بالنسب محله إذا لم يكن ظاهراً، فإن كان ظاهراً فلا حاجة إلى الإقرار به(٢). وليس على المودَع أو المدين الضمان؛ لأنهما أنفقا بأمر القاضي، وأمره ملزم لعموم ولايته، وإن دفعا المال بغير أمر القاضي ضمنا(٣).

أما إذا لم يكن المال من جنس النفقة كالعروض والعقار، فليس للقاضي أن يفرض نفقة الأقارب فيه، وليس للقاضي أن يبيع العقار على الغائب في نفقة هؤلاء، وفي بيع العروض خلاف، وليس لأقارب الغائب أيضاً بيع عروض الغائب أو عقاره، إلا الأب إذا كان محتاجاً فقد اختلفوا فيه(٤).

وما سبق خاص بنفقة الفقراء من أطفاله وأبويه وأولاده الكبار الزمنى، والإناث وما سوى هؤلاء من أقاربه، فليس للقاضي أن يفرضها(٥).

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤. الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٩.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. وينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٢، ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

(٤) سآتي على بحث بيع مال الغائب من أجل الإنفاق على أقارب الغائب بشكل مفصل في النقطة التالية، لذلك لن أتعرض لذكر الأدلة والخلاف في ذلك تجنباً للتكرار.

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٣/ ٥٩. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٤. لسان الحكام للحنفي: ٣٣٩. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥.

استدل الحنفية لقولهم بجواز قضائه بالنفقة للأصول والفروع بالقياس على الزوجة، فلهم أن يأخذوا من مال الغائب أثناء غيابه برضاه ودون رضاه أيضاً؛ لأن حقهم ثابت فيه، ونفقتهم واجبة قبل القضاء فكان فرض القاضي في حقهم من باب إعانة صاحب الحق للوصول إلى حقه، لا من باب القضاء على الغائب[١].

واستدلوا لذلك بقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**» وكان أبو سفيان غائباً[٢].

أما سبب التفريق في القول بفرض القاضي، إذا كان المال من جنس النفقة، وعدم الفرض إذا كان من غير جنسها؛ فذلك لأن أخذ النفقة من العقار والعروض يحتاج إلى البيع، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق: أما عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فلعدم صحة البيع على الحاضر، وكذا الغائب، وأما عند الصاحبين فلعدم معرفة امتناعه لغيابه[٣].

ووجه الفرق بين الأولاد والأبوين وغيرهم من المحارم في نفقة الأقارب، أن نفقة الأولاد والأبوين واجبة قبل القضاء بطريق الإحياء؛ لأن الإنسان يرضى بإحياء كله أو جزئه من ماله ولهذا كان لهم أن يأخذوا من ماله دون قضاءٍ ولا رضا[٤]، إضافة إلى أن نفقة الأولاد تجري مجرى الديون؛ ولهذا تجب مع

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩ ـ ٦٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٨. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٥. وحديث هند، أخرجه البخاري ومسلم وقد مر تخريجه سابقاً.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١. لسان الحكام للحنفي: ٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٨.

إعسار الأب، فلم يتوقف وجوبها على القضاء، وكذلك فإن نفقة الأبوين واجبة دونما قضاء؛ لأن مال الغائب في حكم مالهما، فمن جهة الأب لقوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**[(١)] فكان قضاء القاضي بالنفقة إعانة، وأمامن جهة الأم؛ فلأنها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجميع، يلحق الأولاد الزمنى بالصغار؛ لأنهم صاروا مثلهم في المعنى.

أما نفقة غيرهم من المحارم، فإنها لا تجري مجرى الديون، بل هي صلة يتأكد حكمها بالقضاء، ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئاً قبل القضاء إذا ظفروا به، فكان القضاء في حقهم إنشاءَ إيجابٍ، أي قضاء على الغائب وهو غير جائز[(٢)].

الحالة الثانية ـ إذا لم يكن للغائب مال حاضر:

إذا طلب والد الغائب أو أولاده الصغار أو الكبار الزمنى فرض النفقة على الغائب، ولم يكن له مال حاضر، فهل يفرض القاضي لهم النفقة عليه؟

يختلف الحكم في هذه الحالة بحسب ثبوت النسب لدى القاضي أو عدم ثبوته.

فإذا كان القاضي عالماً بالنسب فرض القاضي لهم النفقة؛ لأنه لا حاجة إلى تقديم بينة تثبت ذلك، وفرض القاضي يعد إيفاءً للحق لا قضاءً عليه[(٣)].

---

(١) سلف تخريجه ص: ١٠٠.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٣/ ٥٩. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٤. العناية للبابرتي: ٤/ ٤٠٢. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩ ـ ٦٠.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦.

أما إذا كان النسب غير ثابت عنده، فما ورد في نفقة الزوجة والقضاء بها يرد هنا، والأصل عند الحنفية أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر[1]، غير أن الحنفية عدلوا عن هذا الأصل ولجأوا إلى قول زفر بسماع البينة على الغائب، وهذه المسألة واحدة من المسائل الست التي يفتى فيها بقول زفر، لحاجة الناس وهو الأرفق بهم[2].

٢ـ حكم نفقة الأقارب عند الجمهور: لم يفرق جمهور الفقهاء في وجوب النفقة لمستحقيها زوجة أم أقاربَ بين حاضر وغائب[3]، وكل مال تجب النفقة فيه على الحاضر، تجب على الغائب[4].

وإذا طلب القريب فرض نفقتة على الغائب في ماله الحاضر أجابه القاضي لذلك، فإن لم يكن للغائب مال حاضر، فللقاضي أن يحكم بنفقة القريب على الغائب ويستدين عليه، أو يأذن له بالاستدانة عليه[5]. ويشترط لذلك عند

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٠ ـ ٤٠٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٢) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣ ـ ٢١٤. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٥. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩.

(٣) ذكر بعض المالكية أن مال الغائب لا ينفق منه على أبويه ما لم يكن القاضي قد فرض نفقتهما قبل غيابه. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢١ ـ ٥٢٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٢ ـ ٢٠٤. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٢١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٩٢ ـ ٤٩٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٤٢. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٧٦.

(٥) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٩٣. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٩٠.

المالكية أن لا يكون الغائب معسراً، فإن علم أنه مليء حكم عليه بالنفقة، أما إن كان معسراً أو جهل حاله فليس له أن يفرض لهم عليه[1].

أما عند الشافعية فإن ما ذكروه في نفقة الزوجة من عدم الحكم لها بالنفقة على زوجها إذا لم يكن لزوجها مال حاضر إذ لا فائدة منه لا يرد هنا[2]؛ لأن الفائدة من الفرض في حالة القريب محققة، إذ بالفرض تثبت النفقة الماضية وتستقر قيمتها ديناً في ذمة الغائب.

كيفية الإنفاق على الأقارب من مال الغائب:

كيف يتم الإنفاق من مال الغائب، هل يملك القريب ممن استحق النفقة أن يأخذ من مال الغائب لحاجته مباشرة دون حاجة إلى حكم قضائي، أم لابد لذلك من قرار يتخذه القاضي بحيث يُملِّك هؤلاء النفقة؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

ذهب الحنفية إلى أن أقارب الغائب إذا ظفروا بجنس حقهم، فإن الشارع يمكِّن المستَحِقَّ منهم من أخذ حقه دون حاجة إلى إذن قضائي، وإذا طلب المستحق من القاضي أن يفرض فإن القاضي يجيبه إلى ذلك ويكون فرضه إعانة له؛ فالوالد أو الولد المحتاج يمكنه أن يأخذ من مال المنفق الغائب قدر حاجته دون الرجوع إلى القاضي[3].

أما إذا كان المال من غير جنس حقه، فهل للقريب أن يبيعه ويستوفي نفقته

---

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠١. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٢/ ١٢٧.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٠.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٣. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥.

من ثمنه؟ لا خلاف في عدم جواز بيعه من قبل أقارب الغائب سوى الأب الذي اختلفوا في جواز بيع العروض بنفقته(١)؛ وسآتي على تفصيل ذلك لاحقاً بشكل مستقل.

أما الشافعية فقد نصوا على أن الأب إذا لم ينفق على ولده الصغير لغيابه أو امتناعه، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله، أو الاستقراض عليه بشرط أهليتها.

فإذا استقلت الأم بالأخذ من ماله، فهل لها ذلك؟ ذهب الشافعية إلى أن فيه وجهان: الأصح منها: نعم، بدليل حديث هند، والثاني: ليس لها ذلك؛ لأنها تتصرف في ماله ولحديث هند أيضاً، ففي الوجه الأول حملوا إذن النبي ﷺ لهند على أنه إفتاء، على حين حملوه في الثاني على أنه كان قضاءً(٢).

فإذا كان الغائب صغيراً، فللأب أو الجد أخذ النفقة من ماله بحكم الولاية، وليس للأم أخذها من مال ابنها الصغير الغائب إذا وجبت عليه لعدم الولاية.

والأصل عند الشافعية أن للقريب أن يأخذ نفقته من مال قريبه عند امتناعه إن وجد مالاً من جنس النفقة، وله أن يأخذها أيضاً وإن لم يجد مالاً من جنسها في الأصل في حال عجزه عن إيجاد حاكم يفرض النفقة له(٣).

ونفقة القريب عند الشافعية إمتاع(٤)، ولكنها تتحول بحكم القضاء إلى تمليك، بحيث تستقر في ذمة من وجبت عليه.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٨. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٩٣. شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٨.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٧. حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٨١. حاشية العبادي على تحفة المحتاج: ٨/ ٣٥٠.

(٤) الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٣٢. حاشية البجيرمي: ٣/ ١٩٧. الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي: ٤/ ٢٠٩.

وثمرة الخلاف بين الحنفية والشافعية تظهر في المدة التي لا يأخذ مستحق النفقة فيها نفقته، أو لا يستهلكها لمرض أو لعذر آخر، فهل يستقر ثمن الطعام والشراب ديناً في ذمة المنفق[1]، أم تسقط لزوال الحاجة وإن كان مؤقتاً؟.

عند الحنفية: يستطيع مستحق النفقة أن يأخذ نفقته بيده من مال المنفق مادام محتاجاً، ولكن إذا زالت هذه الحاجة فليس باستطاعته أن يأخذ شيئاً من مال الغائب، وهذا هو المقصود بقولهم: إن الطريقة بإيصال النفقة إلى مستحقها هو التمكين لا التمليك[2].

وبناءً على ذلك فإن الولد الذي كان يأخذ طعامه وشرابه من مال والده، إذا مرض مدة معينة ولم يستهلك الطعام والشراب، فإن ثمن الطعام والشراب لا يستقر ديناً في ذمة الأب عند الحنفية[3]؛ لأن النفقة عندهم تمكين فباستطاعة الابن أن يأخذ من مال أبيه مادام محتاجاً، فإذا زالت هذه الحاجة سقطت النفقة، ولا تستقر في ذمة المنفق.

أما على القول الآخر الذي يشترط القضاء فإنها تستقر ديناً في ذمته؛ لأن النفقة أضحت تمليكاً بموجب قرار القاضي الذي ينوب عن المنفق.

فتنتقل ملكية المال المخصص شهرياً لمستحق النفقة، من المنفق إلى المنفق عليه سواء استهلكه أم لم يستهلكه، ويستقر ديناً في ذمة المنفق[4].

---

(١) سآتي على بحث النفقة الماضية للقريب بشكل مستقل.

(٢) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٢٨، ١٨٨. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٣. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨.

(٣) ينظر: العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٢٦. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٤.

(٤) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٩٣.

الفرع الثالث ـ الأحكام المتعلقة بالنفقة الواجبة على الغائب:

يتعلق بالنفقة الواجبة على الغائب عدد من الأحكام سأبحثها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى ـ سقوط النفقة عن الغائب مدة غيبته:

صورة هذه المسألة: أن يغيب الرجل دون أن يترك خلفه نفقة لزوجته وسائر المستحقين، فهل تسقط النفقة عن الغائب في تلك المدة، أم تصير ديناً في ذمته مما يخولهم أن يطالبوه بها عند حضوره؟.

فرق الفقهاء في حكم النفقة الماضية بين الزوجة وغيرها ممن تجب نفقتهم من الأقارب، لذلك سأبحث في نفقة الزوجة أولاً ثم في نفقة الأقارب.

أولاً ـ حكم النفقة الماضية لزوجة الغائب:

اختلف الفقهاء في حكم ما مضى من النفقة الواجبة للزوجة، وسبب ذلك يعود إلى اختلافهم في التكييف الفقهي للنفقة.

فالنفقة عند الحنفية صلة، والصلات لا تملك إلا بالقبض، كما أنها تشبه العوض من وجه فهي في رأيهم تجب جزاء الاحتباس، ولكن لها شبهه العوضية عن الاحتباس(١).

أما عند الجمهور فإن النفقة عوض وجب على سبيل البدل في عقد معاوضةٍ في مقابلة التمكين من الاستمتاع(٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣. العناية للبابرتي: ٤/ ٤٢٦. تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه: ٣/ ٥١.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٤. تحفة المحتاج =

وفيما يأتي عرض لأقوال الفقهاء في ذلك، وقد اختلفوا على قولين كما ذكرت:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، والحنابلة في الرواية الثانية عندهم[٢]، إلى سقوط النفقة عن الزوج مدة غيابه، إذا لم ينفق عليها في تلك المدة، ولا يستقر ما مضى منها ديناً في ذمته إلا بحكم قضائي، أو أن تكون قد صالحت زوجها على مقدار محدد، كأن يفرض لها على نفسه قدراً معيناً.

فإذا فرض القاضي على الزوج النفقة لزوجته، أو تراضيا على شيء، ثم مضت مدة دون أن تحصل على نفقتها لغياب أو امتناع، أو غير ذلك، فإن ما مضى لا يسقط عنه، ولها أن تطالبه بها[٣].

واستدل الحنفية لذلك، بأن نفقة الزوجة صلة وعوض من وجه دون وجه[٤]، وبالنظر إلى أنها صلة تسقط بمضي المدة إذا لم يوجد التزام، ولشبهها

= لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٠٢. حاشية الجمل: ٤/ ٤٨٧. حاشية البجيرمي: ٤/ ١٠٦. حاشية الشرواني: ٨/ ٣٠٢. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦١ ـ ١٦٢. وينظر أيضاً: الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٤.

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦١، ٣/ ٥٩٤، ٦٣٤. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤١. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٠٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٣/ ٥٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٣٥. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١. المحرر لابن تيمية: ٢/ ١١٥. المغني لابن قدامة: ٢/ ١١٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٨. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٤. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٠٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٥.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٧. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤١. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٥ ـ ٥٦. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣٤.

بالعوض تصير ديناً بالالتزام[1].

أما وجه كونها صلة، فذلك بالنظر إلى إقامة حق الشرع، وإلى الأمور المشتركة التي يعود نفعها على الزوجين معاً، كإعفاف كل منهما الآخر، وتحصينه من الشذوذ، وحفظ النسب، وتحصيل النسل، وهذه منافع مشتركة.

والصلات لا تتأكد بذات العقد، إنما يجب أن ينضم إليها ما يؤكدها، كالهبة التي لا يجب الملك فيها إلا بالقبض وهو مؤكد، ولذلك كان لابد لتأكيد نفقة الزوجة من حكم قضائي؛ لأن للقاضي ولاية إلزام، والتراضي والصلح بمنزلة القضاء[2].

وأما أنها تشبه العوض فمن جهة وجوبها جزاءً للاحتباس الواجب عليها للرجل، فالنفقة إن كانت تشبه العوض إلا أنها ليست بعوض حقيقة؛ لأنها لو كانت كذلك، فلا يخلو إما أن تكون عوضاً عن الملك أو عن الاستمتاع، وهي ليست عوضاً عن الملك؛ لأنها لو كانت كذلك لوجبت جملة واحدة، كالمهر، وثمن المبيع، أو لوجبت في عقد المعاوضة بطريق التسمية كسائر الأعواض؛ ولأن ملك المتعة قد قوبل بالمهر فلا يقابل بعوض آخر، فخلت النفقة عن مقابل لها، وهي بهذا ليست عوضاً حقيقة إنما هي صلة[3].

كما أنها ليست عوضاً عن الاستمتاع؛ لأن الزوج إنما يتصرف في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له، ومن تصرف فيما يملك لم يلزمه عوض، ولكن

---

(١) التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٢/ ٢٢٢.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٥ ـ ٥٦. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦.

(٣) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٥ ـ ٢٦.

لما صار الاحتباس من أجل تمكين الزوج من استيفاء حقه وصيانة مائه، فكانت النفقة واجبة مقابل ذلك.

فاستيفاء الزوج لحقه هو أمر زائد على ما ورد عليه العقد، وكذا الاحتباس، فيجب بمقابل ذلك صلة(١).

واستدل الحنفية والحنابلة أيضاً، بالقياس على نفقة الأقارب التي تسقط بمضي الزمن؛ لأنها استطاعت تمضية تلك المدة دون أن تحصل عليها، وهذا يدل على استغنائها عنها فتسقط(٢).

ولابد من الإشارة إلى أن الحنفية استثنوا نفقة ما دون الشهر، وقالوا بعدم سقوطها؛ لأن هذه النفقة القليلة لا يمكن الاحتراز عنها؛ إذ لو قيل بسقوطها في هذه المدة اليسيرة لأدى ذلك إلى تعذر حصولها على النفقة أصلاً(٣).

وإذا استقرت النفقة ديناً في ذمة الغائب بالقضاء، أو بالتراضي، فإنها لا تسقط مهما تطاول الزمان إلا بموت أحدهما، أو طلاقها؛ لأن دين النفقة دين ضعيف(٤)، ويستثنى من ذلك ما إذا استدانتها بأمر القاضي، فإنها لا تسقط بالموت ولا بالطلاق(٥).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٥ ـ ٥٦. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٩٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٠٣. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٤.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٠٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩١. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٩. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٤.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٦. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين: ١/ ٧٣.

القول الثاني: ذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة في المذهب[٣]، والظاهرية[٤]، والإمامية[٥]، والزيدية[٦]، إلى عدم سقوط نفقة الزوجة بمضي المدة دون إنفاق، إلا بما تسقط به الديون من إبراء أوأداء، وتصير ديناً قوياً في ذمة الزوج عن المدة الماضية، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً، وسواء أفرضها قاض أم تراضت عليها مع زوجها أم لا[٧].

غير أن المالكية اشترطوا لثبوت النفقة ديناً في ذمته أن يكون موسراً، فإذا كان معسراً سقطت النفقة، وليس لها أن تطالبه بما أنفقته على نفسها، سواء كان حاضراً أم غائباً في زمن الإنفاق، فإذا عاد له يساره، وجبت عليه النفقة من جديد، وثبتت ديناً، فالعسر لا يسقط إلا زمنه خاصة، أي أن النفقة لا تسقط إلا عن المدة التي ثبت فيها إعسار الزوج.

استدل الجمهور لقولهم بما يأتي:

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ١/ ٤٨٢، ٢/ ٥١٧، ٥٢٤. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١، ١٨٦. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٠٢. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٤.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠، ٤٨٠. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥، ١٨٣. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٥٢.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٣.

(٥) شرائع الإسلام للحلي: ٢/ ٢٩٤.

(٦) البحر الزخار للمرتضى: ٣/ ٢٧٦ ـ ٢٨١.

(٧) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

١ ـ **من الأثر:** وفيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه[١] كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بالإنفاق أو الطلاق، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[٢]، وفي إرسالهم نفقة المدة الماضية دليل على عدم سقوطها.

٢ ـ **من المعقول وفيه وجهان:**

أ ـ إن النفقة مال واجب على سبيل البدل في عقد معاوضة، فأشبهت الثمن والأجرة والمهر[٣]. وقد بين صاحب مغني المحتاج سبب بدء الإمام النووي ـ رحمه الله ـ في المنهاج بنفقة الزوجة، وتقديمها على غيرها من النفقات، ورأى أن ذلك عائد لكونها معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع[٤]. فكونها مالاً في عقد معاوضة يمنع سقوطها بمضي الزمان، بل هي أقوى من غيرها من حيث الحاجة إليها.

ب ـ إن نفقة الزوجة تثبت بالكتاب والسنة والإجماع، وما ثبت بهذه الأدلة، لم يرتفع إلا بأدلة مثلها[٥].

٣ ـ القياس على النفقة على أجرة العقار والديون[٦]، فكما أن الدين وأجرة

---

(١) مسند الشافعي، كتاب أحكام القرآن: ٢٦٧. وقد مر تخريج هذا الأثر في الفصل الثاني عند الحديث عن التفريق لعدم الإنفاق ص: ١٧٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠. المغني لابن قدامة: ٥/ ١٦٥. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٤. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٥٩. حاشية البجيرمي: ٤/ ١٠٦. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٧١. وينظر المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١. وينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٠٢. حاشية الجمل: ٤/ ٤٨٧. حاشية البجيرمي: ٤/١٠٦.

(٥) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٥٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠.

(٦) المغني لابن قدامة: ٥/ ١٦٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠.

العقار لا يسقط أي منهما بمرور الزمان، فكذا نفقة الزوجة؛ لأنها حق وجب على الزوج في حالة اليسار والإعسار عند الجمهور[(١)].

والقول الذي يختاره الباحث هو عدم سقوط نفقة الزوجة بمضي المدة مطلقاً، سواء كان حاضراً أم غائباً، بل إن ثبوتها في حال غيبته آكد، وتستقر ديناً في ذمته عن المدة التي لم ينفق فيها على زوجته؛ لأن نفقة الزوجة ليست من باب الصلة، إنما هي في مقابل الاحتباس التام حقيقة أو معنى لحق الزوج، فما دامت الزوجة محبوسة لحقه مطيعة غير ناشزة، فإن نفقتها واجبة في الحال، ويتحول ما لم تأخذه منها إلى دين في ذمة الزوج كسائر الديون؛ لأنها أدت ما عليها فاستحقت بذلك ما يقابله.

أما قولهم بأن الزوجة لما أنفقت على نفسها للمدة الماضية، أو في غياب الزوج، فقد استغنت عن هذه النفقة مما يسقطها كنفقة الأقارب. فأقول: هذا لا يسلم لهم؛ لأن نفقة الأقارب صلة محضة دون مقابل، وهي واجبة لهم لكفايتهم وقد استطاعوا تحصيل ما يكفيهم فيما مضى مما يسقطها عن تلك المدة.

أما نفقة الزوجة فليست صلة لها، بل إن الحنفية ذاتهم يقرون بعدم كونها صلة محضة، وبوجود شبهة للعوض فيها، ووجوب نفقة الزوجة لم يكن للكفاية، وإن قدرت بالكفاية، بدليل وجوبها لها وإن استغنت عنها كأن تكون غنية، فالقول بسقوطها عنه عما مضى لاستغنائها عنها يستلزم القول بعدم وجوب النفقة في الوقت الحاضر للزوجة الغنية التي يمكنها أن تنفق على نفسها، وليس

(١) هذا رأي الجمهور خلافاً للمالكية والظاهرية الذين يقولون بسقوطها حال إعسار الزوج. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٤.

ثمة من يقول بذلك؛ ولذلك لا يؤثر مضي الزمان في إسقاط صفة الوجوب عن هذه النفقة، حتى يقال بإسقاطها عن المدة الماضية. وأخيراً أجد من المفيد أن أذكر ما جاء عن الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ في مناقشته للمخالف في هذه المسالة حيث قال:

«هل رأيت مالاً قط يلزم الوالي أخذه لصاحبه حاضراً أو غائباً، فيترك من هوله طلبه أو يطلبه فيهرب فيبطل عنه؟!»(١).

حكم النفقة الماضية للزوجة في القانون:

أخذ القانون المصري برأي الجمهور في هذه المسألة، فقد جاء في مادته الأولى ما يأتي: «تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه، بلا توقف على قضاء أو تراض منهما، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء»(٢).

ونظراً لأن بعض النساء استخدموا هذا القانون وسيلة إلى إرهاق الزوج، وذلك بسكوتهن عن المطالبة بالنفقة مدة طويلة، ثم مطالبتهن بها دفعة واحدة مما قد يؤدي إلى الحكم بحبس الزوج، فقد حاول القانون إغلاق الباب أمام ذلك، فامتنع عن سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنوات.

ثم جاء أخيراً قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٧٩ الذي عدل هذه المدة، وحددها بسنة واحدة نهايتها تاريخ رفع الدعوى(٣).

---

(١) الأم للشافعي: ٥/ ١١٦.

(٢) المادة /١/ من القانون المصري رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠.

(٣) المادة /٩٩/ من المرسوم بقانون رقم /٧٨/ لعام ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية في مصر.

والقانون المصري لم يقل بسقوط النفقة عن المدة الماضية، ولكنه بتحديده لهذه المدة حاول منع الإضرار بالزوج، وذلك من خلال حث المرأة على المطالبة بنفقتها والتعجيل بذلك.

وكان الأولى بالقانون المصري أن يسمع الدعوى وإن كانت فوق سنة، ومراعاة لحق الزوج ينظر في سبب تأخرها في الادعاء، ويوجب عليه أداء دين النفقة المترتبة عليه بسبب غيابه أو امتناعه بحسب حاله، فإن كان غنياً يفرض عليه أداء ما عليه دفعة واحدة في الحال، وإلا فعلى قدر استطاعته؛ لأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر إلى حين يساره.

أما القانون السوري فقد نص في المادة /٧٩/ على ما يأتي: «النفقة المفروضة قضاءً أو رضاءً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء»[١]، ومفهوم المخالفة من هذه المادة يفيد أن القانون أخذ في النفقة الماضية بمذهب الحنفية، فاشترط لعدم سقوطها القضاء بها أو التراضي عليها، إلا أن المادة /٧٨/ من هذا القانون[٢] تفيد أنه لم يأخذ بمذهب الحنفية على إطلاقه إنما لجأ إلى التلفيق ما بين مذهب الحنفية ومذهب الجمهور، فوقف في موقف وسط بينهما، فمن حيث حكمه للزوجة بالنفقة الماضية، أخذ بقول الجمهور من حيث المبدأ، إلا أنه خالفهم في عدم الحكم بها عن المدة التي تزيد على أربعة أشهر، ليقف قريباً من مذهب الحنفية الذين حددوا المدة التي يقضى لها بها بشهر واحد وما دون.

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري: ٤٣.

(٢) قانون الأحوال الشخصية السوري: ٤٣ ـ وقد جاء في المادة /٧٨/ ما يأتي:

ف١ ـ يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه.

ف٢ ـ لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء.

وكان الأولى بهذا القانون أن لا يقيدها بأربعة أشهر، وأن يحكم بنفقة ما مضى مع مراعاة حال الزوج من ملاءة أو إعسار في طريقة أدائه لما ترتب عليه من دين.

ويلاحظ على هذا القانون أيضاً أنه لم يتعرض للنفقة الماضية بسبب غياب الزوج، وإدراج ذلك تحت المادة /٧٨/ يستلزم بعض التعديل في هذه المادة؛ لأن حالة حضور الزوج تختلف عن حالة غيابه فقد تنتظر زوجة الغائب أكثر من سنة رجاء عودته أو وصول النفقة منه دون أن ترفع أمرها إلى القضاء، بخلاف زوجة الحاضر الممتنع التي يعسر عليها أن تصبر مدة طويلة على منعه نفقتها وهو حاضر معها.

ثانياً ـ حكم النفقة الماضية لأقارب الغائب:

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين الفقهاء في سقوط النفقة الماضية للأقارب، إذا لم تكن مفروضة من قبل القاضي، إنما اختلفوا في ثبوتها ديناً في ذمة الرجل وعدم سقوطها بعد أن يفرضها القاضي، وفيما يأتي بيان ذلك:

اتفق الفقهاء على سقوط نفقة الأقارب بمضي المدة في حال عدم وجود حكم قضائي بها[١]، فإذا غاب الرجل ولم يترك نفقة لأقاربه، ثم عاد فليس من حقهم أن يطالبوه بنفقة ما مضى؛ لأنها لا تستقر ديناً في ذمته.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٩. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٤. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤١٦ ـ ٤١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٤٤. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٦ الإقناع للشربيني: ٤/ ٤٨١. خبايا الزوايا للزركشي: ٣٩٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٤٠٣. البحر الزخار للمرتضى: ٣/ ٢٧٦ ـ ٢٨١. شرائع الإسلام للحلي: ٢/ ٣٥٣.

واستدلوا لذلك بأن نفقة الأقارب صلة محضة، وجبت لهم للكفاية حتى لا تجب مع اليسار، كما أنها وجبت لدفع الحاجة وإحياء النفس، فإذا تحصل لهم ذلك وانقضت حاجتهم وحصلت الكفاية لهم فيما مضى فقد ارتفع وجوبها؛ لاستغنائهم عنها، وذلك يشبه ما لو استغنوا بأموالهم[١].

وقد علل الشافعية والحنابلة اختلاف حكم نفقة الأقارب عن حكم نفقة الزوجة، بأن نفقة الأقارب إمتاع، ولذلك تسقط بفواتها بمضي الزمان، بخلاف نفقة الزوجة فإن كل ما تستحقه منها تمليك، إلا المسكن والخادم، ونظراً لكونها معاوضة فإنها لا تسقط[٢].

إنما اختلفوا في سقوطها بعد أن يفرضها القاضي، فذهب الحنفية[٣] والحنابلة[٤] في إحدى رواياتهم إلى سقوط نفقتهم بمضي المدة وإن فرضها الحاكم، ولا تثبت ديناً في الذمة إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه، فتثبت ديناً عندها؛ لأن للقاضي ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب[٥].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٥ ـ ٥٢٦. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٤٠٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٤٢. الوسيط للغزالي: ٦/ ٢٣٢. حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٩٧. تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي): ٤/ ٥٤. منهاج الطالبين للنووي: ١١٩.

(٣) العناية للبابرتي: ٤/ ٤٢٦. الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣٤. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٤.

(٤) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٤٠٣. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ٢/ ١١٥.

(٥) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٦. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥.

واشترط الحنفية لسقوط النفقة الماضية أن تكون المدة طويلة، فإن كانت قصيرة لم تسقط، وحَدُّ المدة القصيرة ما دون الشهر؛ لأن هذه النفقة لو لم تصر ديناً، فلا فائدة للأمر بالقضاء بالنفقة، ولو قيل بسقوط كل ما مضى لما أمكن استيفاء شيء[١].

واستثنى بعض الحنفية نفقة الصغير، فإنها تصر ديناً بالقضاء[٢].

أما الجمهور من الشافعية[٣]، والحنابلة في القول الراجح[٤]، فقد ذهبوا إلى عدم سقوط ما مضى من نفقة القريب إذا فرضها الحاكم، أو أذن لهم بالاقتراض، وتصير ديناً؛ لأنها تأكدت بفرضه أو إذنه.

وذهب المالكية إلى أن نفقة الأقارب تسقط عن المدة الماضية وإن كان موسراً[٥]، واستثنوا من ذلك الحالات الآتية:

١ ـ أن يحكم بها حاكم ويتعذر أخذها لغيبة من وجبت عليه، فإنها لا تسقط بمرور الزمن؛ لأنها صارت بقضاء الحاكم كالدين الذي لا يسقط بمرور الزمن.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٦١، ٣/ ٦٣٤. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٥ ـ ٤٢٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣٤.

(٢) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٥٠٤. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٩٤، ٥/ ٣٩٠.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٤٤. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٦. والمعتمد عند الشافعية أن النفقة لا تصير ديناً إلا بعد الاقتراض سواء من القاضي أو ممن أذن له. ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٢١.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٤٠٣. المحرر لعبد السلام ابن تيمية: ٢/ ١١٥.

(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٤. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٥٣.

٢ ـ أن ينفق على الولد خاصة[1] دون الوالدين شخص غير متبرع، قاصداً الرجوع على من وجبت عليه، فإن ما أنفقه لا يسقط ويرجع به على أبيه؛ لأنه قام بواجب عنه[2].

أما القانون السوري فقد نص على القضاء بنفقة الأقارب الماضية، في المادة /١٦١/ والتي جاء فيها: «يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء، ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز أربعة أشهر»[3].

وقد استمد القانون ما جاء من أنه يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء، من قول الجمهور. إلا أنه خالف المذاهب عندما ألحق نفقة الأولاد بنفقة الزوجة من خلال إعطاء الحق للقاضي بأن يحكم بالنفقة الماضية التي تسبق الادعاء بأربعة أشهر، ولا يقال: إنه استند في ذلك إلى ما عليه العمل في المذهب الحنفي؛ لأن الحنفية نصوا على أن الرجل إذا غاب وله زوجة وأولاد صغار، فإن القاضي يسمع البينة منها على النكاح، وإن لم يكن عالماً به ثم يفرض لها ولأولادها النفقة، ثم يأمرها بالاستدانة[4]، ولم يتعرض الحنفية في ذلك للنفقة

---

(١) وهذا مخالف لما جاء في منح الجليل حيث لم يخصص الشيخ عليش ذلك بالولد وإنما قال بأن ذلك يشمل الأب أيضاً. ينظر: منح الجليل لعليش: ٤/ ٤١٦ ـ ٤١٧.

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٤. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٥٣ ـ ٧٥٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥. حاشية الدسوقي: ١/ ٤٨٢.

(٣) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني عليه لقصاب حسن: ١٥٥.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٩. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٥. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٤.

الماضية، بل إن المذهب عندهم ـ كما مر ـ أن نفقة الأقارب تسقط ولو بفرض الحاكم إلا يأذن في الاستدانة عليه.

المسألة الثانية ـ أموال الغائب التي تجب النفقة فيها:

إذا غاب الإنسان عن بلده وأهله وخلف وراءه أموالاً، فإن هذه الأموال لا تخلو أن تكون منقولة من عروض أو نقود وما شابه ذلك، أو غير منقولة كالعقار، فهل تشمل النفقة الواجبة على الغائب جميع أمواله، أم أنها تجب في مال دون آخر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] إلى أنه إذا كانت النفقة واجبة على الغائب، فإن المستحق يمكنه أن يستوفيها من جميع أمواله منقولة كانت أم غير منقولة، أي أنها تؤخذ من الطعام أو النقود أو الثياب أو الحيوان أو الأرض أو الدور، وغير ذلك سواء كانت هذه الأموال تحت يد مستحقها من زوجة وأبناء، أم في يد وكيله، أم كانت وديعة أو عارية، أو ديناً للغائب عند الغير حل أجله[٤].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٩. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٤٦. حاشية قليوبي: ٤/ ٨٥.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٧١.

(٤) المشهور عند المالكية أن النفقة تؤخذ من الوديعة، ومقابله أن الوديعة لا يقضى منها دين، ولا تؤخذ منها نفقة، أما الدين؛ فإن المالكية لم يقتصروا على إمكانية أخذ النفقة من الدين الحال وحسب، ولكن ذهبوا إلى أن النفقة تؤخذ من الدين المؤجل أيضاً، =

وخلاصة ذلك: أن جميع الأموال التي تجب النفقة فيها على الحاضر، تجب فيها على الغائب، وليس ثمة ما يدعو للتفريق.

واستدل الجمهور لذلك بالسنة والمعقول:

١ ـ أما من السنة، فحديث هند، وفيه قول رسول الله ﷺ لها: **«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**[١].

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أمر هنداً أن تأخذ من مال زوجها أياً كان، ولم يفرق بين عرض أو عقار[٢].

٢ ـ وأما من المعقول، فقالوا: إن المال يشمل العقار كما يشمل النقود وغيرها، والنفقة تؤخذ من المال، وهذا يؤدي إلى أنها تؤخذ من العقار؛ لأنه مال له كالنقود[٣].

القول الثاني: ذهب الحنفية[٤] فيه إلى التفصيل، حيث فرقوا في المال بين ما كان من جنس النفقة أو من غير جنسها.

= وذلك بأن ينفق الحاكم عليها من عنده، أو من قرض، فإذا حل أجل الدين أخذه منه. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠.

(١) أخرجه البخاري ومسلم وسلف تخريجه ص: ٤٠.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ٢٧٢.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥، ٦٢٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٨، ١١/ ٣٩. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠١. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧، ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٤.

فإذا كان المال من جنس النفقة فلمستحق النفقة أن يأخذ حقه من هذا المال بنفسه، دون أمر القاضي، بدليل قول رسول الله ﷺ لهند: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»، وهذا يدل على أن لها أن تأخذ حقها الثابت فيه، أو حق ولدها[١].

وإذا طلبت من القاضي أن يفرض نفقتها في هذا المال فيفرضه إذا علم بالزوجية كما مر.

أما إذا كان المال من غير جنس النفقة، فإما أن يكون عقاراً، أو عروضاً ليست من جنس النفقة، فإن كان عقاراً، فليس للقاضي أن يفرض النفقة فيه باتفاق الحنفية؛ لأنه لا يمكن إيجاب النفقة فيه إلا بالبيع، ولا يباع العقار على الغائب بالاتفاق كما سيأتي.

وإن كان عروضاً، فقد ذكر الحنفية فيه اختلافاً، وهو مبني على اختلافهم في جواز بيعه، حيث تجب النفقة في ثمن العروض على القول بصحة بيعها عليه بالنفقة، ولا تجب فيها على القول بعدم صحة ذلك وهو الراجح عند الحنفية؛ لأن القاضي ليس له أن يبيع إلا ما يتسارع الفساد إليه، ويخشى عليه الهلاك[٢].

وإذا كان مال الغائب وديعة أو ديناً في ذمة الغير، وكان من جنس النفقة، فقد اشترط الحنفية للإنفاق منه، أن يكون صاحب اليد على المال مقراً به[٣].

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٨، ٢٢٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١، ٤/ ٢٩٤. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠١. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٨.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

وخالف زفر رأي الحنفية في الوديعة، وقال بعدم جواز الإنفاق من الوديعة؛ لأن المودَع مأمور بالحفظ دون الدفع[1].

المسألة الثالثة ـ بيع مال الغائب للنفقة:

إذا غاب الرجل ولم يترك وراءه مالاً من جنس النفقة، أو ترك غير أن عودته تأخرت مما أدى إلى انتهائه وكان له أموال أخرى من عروض وعقارات، فهل تباع هذه الأموال للوفاء بالنفقة الواجبة عليه؟ وكيف يصار إلى بيعها إن قيل بذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والزيدية[5]، إلى جواز بيع أموال الغائب المنقولة وغير المنقولة، من عقار أو دار في النفقة الواجبة عليه إذا تعين البيع، بأن لم يكن للغائب مال آخر لاستيفاء النفقة منه سوى هذا المال.

إلا أن ثمة تفصيلات في كل مذهب يحسن بيانها إتماماً للفائدة:

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٨٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٠. منح الجليل لعليش: ٨/ ٤٠٩.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٩. حاشية الجمل: ٤/ ٥١٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤.

(٥) البحر الزخار للمرتضى: ٣/ ٢٧٤.

١ـ **بيع مال الغائب عند المالكية**: أجاز المالكية بيع أموال الغائب المنقولة في نفقة الزوجة والأولاد والأبوين، ولم ينقل عنهم خلاف في ذلك.

كما أنهم اتفقوا على جواز بيع عقاره في نفقة زوجته ما لم يكن له مال سواه، وكذا داره وإن كان يحتاج إليها في سكنه، واشترطوا لذلك أن تحلف على استحقاقها النفقة على زوجها الغائب، وأنها لم تسقطها عنه، وأنه لم يوكل لها وكيلاً في دفعها[1].

إلا أنهم اختلفوا في بيع عقاره في نفقة أقاربه وأبويه، فقالوا بجواز بيعه في نفقتهم كنفقة الزوجة، وهذا القول هو الراجح عندهم[2].

وذهبوا في قولهم الثاني إلى عدم جواز البيع في نفقة الأبوين خلافاً للزوجة، وسبب التفريق بين الأبوين والزوجة، أن نفقة الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها بمعرفة حياته، وأنه مليء ولا دين عليه يستغرق ماله، أما نفقة الزوجة فهي واجبة حتى يعلم سقوطها بمعرفة موته، أو استغراق ذمته بالديون.

فقد اعتمدوا في ذلك على استصحاب الحال، فأجازوا البيع في نفقة الزوجة الواجبة، واستصحبوا وجوبها إلى زمن البيع خلافاً لنفقة الأبوين[3].

أقول: ليس ثمة ما يدعو للتفريق بين الزوجة وغيرها في بيع العقار في النفقة، وما استدلوا به من وجوب نفقة الزوجة يجاب عنه بأن نفقة الأبوين

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٠. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٨٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٠. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٣.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٩٠. المعيار المعرب للونشريسي: ٤/ ١٨.

والأولاد، تصير واجبة بعد الحكم أيضاً، فلم يبق ما يمنع أن يباع العقار بنفقتهم.

أما طريقة البيع فتكون بعد إثبات ملكيته للعقار، وأنه لم يخرج عن ملكه بناقل شرعي، فإذا ثبت ذلك عند القاضي لم يبع حتى يرسل شاهدين عدلين لأجل حيازته يطوفان به، ويقومان ببيان حدوده، ثم يقول الشاهدان أمام القاضي هذا الذي حزناه هو العقار الذي شُهد بلكه للغائب؛ وسبب الاحتياج لبينة الحيازة، أن الشهادة التي أثبتت الملك لم تبين حدود العقار، ولم تذكر جيرانه، وإلا فلا حاجة إليها[1].

ولكن هل يملك الأب أو الأم أن يستقلا ببيع مال ولدهما الغائب في نفقتهما دون أن يرفعا ذلك إلى القاضي؟

لم يصرح المالكية بحكم بيع الأب أو الأم مال ابنهما الغائب في نفقتهما، غير أن حكم ذلك يمكن أن يستنتج من أقوال المالكية في نفقة الأقارب، فقد ذهب المالكية في بعض أقوالهم إلى أن نفقة الأبوين لا تجب إلا بفريضة من السلطان، إذا ثبت لديه استحقاقهما للنفقة، ووجد له مالاً ينفق عليهما منه[2]، وهذا يفيد عدم جواز استقلالهما ببيع أمواله المنقولة في نفقتهما، فضلاً عن عدم جواز بيع عقاره، ويبدو أن ذلك ناجم أيضاً عن قولهم بأن نفقة الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها[3].

---

(١) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٧٧ ـ ٥٧٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٠. منح الجليل لعليش: ٨/ ٤٠٩.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٢.

(٣) ينظر: مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٩٠. المدونة الكبرى: ٢/ ٢٦٤.

٢ـ بيع مال الغائب عند الشافعية: لم يفرق الشافعية في قولهم بجواز بيع مال الغائب للنفقة بين عقار أو عرض، واستدلوا لذلك بأن النفقة حق مالي، والوفاء بها مقدم على الدين، فهي أهم منه، ويلزم من هذا أن يباع فيها ما يباع بالدين بالأولى؛ لأنه إذا كان يباع لغير الأهم، فلأن يباع في الأهم أولى[١].

أما كيفية بيع العقار في النفقة ففيه وجهان عند الشافعية:

الأول: أن يباع في كل يوم جزء من العقار على قدر ما يحتاج إليه من النفقة.

الثاني: أن يستدين عليه إلى أن يبلغ ذلك مقداراً يسهل بيع العقار من أجله[٢].

ولا بد من الإشارة أخيراً إلى أن الشافعية يجيزون للقريب المستحق للنفقة أن يأخذ حقه من النفقة في حال غياب المنفق، وكذا الأم، فإنها تملك أن تأخذ من مال زوجها الغائب نفقة طفله، ولم يشترطوا إذن القاضي للأخذ بدلالة حديث هند، كما أنهم لم يشترطوا أن يكون مال الغائب المأخوذ منه من جنس النفقة[٣] وهذا يستلزم بيعه للحصول على النفقة مما يفيد جواز بيع الأب أو الأم مال الغائب من نفقتهم الواجبة عليه.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢١٩. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٤٦. حاشية الجمل: ٤/ ٥١٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٥. حاشية الجمل: ٤/ ٥١٣. حاشية قليوبي: ٤/ ٨٥.

(٣) أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٤٤. حاشية الجمل: ٤/ ٥١٣. البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٩٩.

٣ـ بيع مال الغائب عند الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى جواز بيع أموال الغائب عروضاً كانت أم عقارات بالنفقة على زوجته وأقاربه إذا لم يوجد له مال غير هذا للإنفاق منه، ولم يتعرض الحنابلة لكيفية البيع، إلا أنهم اشترطوا في حال بيع ماله، أن يتم الإنفاق من ثمنه على زوجته وأقاربه يوماً بيوم؛ لأن الزيادة عن ذلك فيه تعجيل بالنفقة قبل وجوبها، وهو غير جائز[١].

أما حكم بيع الأب والأم مال ولدهما في النفقة، فلم ينص الحنابلة على ذلك، غير أن حكم بيع الأب يستفاد من قولهم: إن للأب دون الأم، محتاجاً كان أم غير محتاج أن يتملك ما شاء من مال ولده، بعلمه أو بغير علمه صغيراً كان أم كبيراً، ذكر أم أنثى، راضياً أم ساخطاً؛ ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية، فكان له التصرف فيه كمال نفسه شريطة أن لا يضر ولده[٢].

ومع أن الأصل في التصرف في ملك الغير أنه ممنوع إلا أن ذلك خولف في الأب؛ لقوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**[٣]، وبناء على ذلك يمكن القول: إن الأب دون سائر الأقارب يملك أن يبيع مال ابنه الغائب في النفقة؛ لأنه إذا جاز أن يتملك من مال ولده ما شاء، وسواء أكان ولده راضياً أم ساخطاً؛ فإن ذلك يقتضي جواز بيع ما ملك من أمواله، والله تعالى أعلم.

القول الثاني: وهو للحنفية الذين فرقوا في حكم البيع على الغائب بالنفقة بين بيع القاضي وبيع الأب وفيما يأتي بيان الحالتين:

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٩. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٤ ـ ١٦٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣١٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٤١٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٤٣٩ ـ ٤٤٠.

(٣) سلف تخريجه ص: ١٠٠.

أولاً - بيع القاضي مال الغائب للنفقة: خالف الحنفية جمهور الفقهاء وقالوا: ليس للقاضي أن يبيع من مال الغائب إلا ما يتسارع إليه الفساد، ويخشى عليه الهلاك، وما سوى ذلك ليس له أن يبيعه، وإن كان في نفقة فضلاً عن غيرها.

ولذلك قال الحنفية بعدم جواز بيع العقار؛ لأنه مما لا يخاف عليه الفساد، وليس في البيع أي معنى للحفظ[١].

أما أمواله المنقولة من العروض، فقد ذكرت بعض كتب الحنفية الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في هذه المسألة، حيث نقلت عن الإمام أبي حنيفة - رحمه الله -: ليس للقاضي أن يبيع العروض عليه؛ وخالفه الصاحبان بجواز ذلك. غير أن كثيراً من الحنفية نقلوا الاتفاق في هذه المسألة على قول الإمام[٢].

وقد استدل الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - في منعه البيع بالقياس على الحاضر، فكما أنه لو كان حاضراً لم يبع القاضي عروضه في ذلك، فكذا لو كان غائباً بل هو أولى[٣]؛ ولأن البيع على هذه الصورة في معنى الحجر عليه وذلك بإخراج ماله من ملكه ومنعه من التصرف فيه، والحجر على البالغ الحر لا يجوز عند الإمام[٤]، فكذا على الغائب.

---

(١) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٧. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٤، ٦/ ١٤٢ - ١٤٣. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٦٣١.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٠. العناية للبابرتي: ٤/ ٤٠١.

(٤) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠١. المبسوط للسرخسي: ٢٤/ ١٥٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٧.

أما عند الصاحبين ـ في قولهم الذي اتفقوا فيه مع الإمام ـ فإن القاضي وإن كان له أن يبيع على الحاضر عروضه بعد الحجر، إلا أنه ليس له أن يبيع على الغائب، إذ ليس له ولاية الحجر وإلزام القضاء على الغائب وقولهما بجواز ذلك في حق الحاضر، إنما كان لدفع ظلمه بسبب امتناعه عن قضاء دينه مع قدرته على الوفاء به من ثمن العرض، وليس ثمة ظلم في حالة الغائب لعدم معرفة امتناعه عن الإنفاق، ولذلك لا يجوز بيع مال الغائب عليه[١].

وخلاصة القول: إن سلطة القاضي في بيع مال الغائب مقيدة في حدود كونه حافظاً لماله، وليس له أن يتصرف فيه إلا فيما يرجع إلى الحفظ، فإن استطاع أن يحفظ هذا المال بصورته ومعناه وجب عليه ذلك، ولا يسوغ له العدول عن ذلك ببيع ما لا يخاف هلاكه؛ لأنه يتعدى بذلك حدود ولايته.

فبيع مال الغائب الذي لا يخشى تلفه لا يجوز باتفاق الحنفية؛ لكونه خارج نطاق الحفظ؛ ولأنه في معنى الحجر عليه، والحجر على الحر البالغ غير جائز عند الإمام، ولا يجوز أيضاً عند الصاحبين لانتفاء الظلم، وعدم العلم بامتناعه عن الإنفاق لغيابه.

ثانياً ـ بيع الأب مال ابنه الغائب للنفقة: اتفق فقهاء الحنفية على عدم جواز بيع الأب عقار ابنه الغائب للنفقة، إلا أن يكون الولد صغيراً[٢]، وحجتهم

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٩٨. العناية للبابرتي: ٤/ ٤٠١. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٧، ٦/ ١٩٧. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٣. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٤٢٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٧. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٦. حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق: ٣/ ٦٥.

في عدم صحة البيع أن العقار محصن بنفسه[١].

أما المنقول من العروض فقد اختلف الحنفية في جواز بيعه من قبل الأب في نفقته. فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن للأب أن يبيع عَرَضَ ابنه الغائب في نفقته بقدر حاجته إن كان محتاجاً، وخالف الصاحبان الإمامَ وقالا بعدم جواز بيعه[٢].

واستدل الإمام أبو حنيفة لجواز البيع بأن ولاية الأب وإن زالت ببلوغ ولده، إلا أن أثر هذه الولاية مستمر، ولذلك كان له أن يبيع العروض، وهذا استحسان من الإمام[٣]، فقد عدل عن قياس المنقول على العقار لتمكين الأب من الوصول إلى النفقة الضرورية لقيام الحياة؛ إضافة إلى أن للأب ولاية حفظ مال ولده الكبير الغائب؛ وبيعُ عروضه يعد حفظاً؛ لأن المنقول مما يخشى هلاكه، وحفظ الثمن أيسر.

وقياساً بالأولى على الوصي[٤]، فإذا كان الوصي يملك ولاية التصرف من حفظ وبيع عروض في حق الوارث الكبير، فلأن يملكه الأب أولى؛ لوفور

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٥٠٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣١.

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. الفتاوى الهندية: ١/ ٥٦٤. أدب القضاء للسروجي: ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٣) الاستحسان لغة: عد الشيء واعتقاده حسناً، وفي الاصطلاح له العديد من التعاريف منها: العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، ومنها أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه اقتضى العدول الأول. ينظر: كشف الأسرار للبخاري: ٤/ ٥ ـ ٨. أصول السرخسي: ٢/ ٢٠٠.

(٤) درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤٢. الدر المختار للحصكفي: ٣/ ٦٣١. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٣٨.

شفقته[١]؛ ولأن الوصي يستفيد الولاية من جهة الأب، فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه[٢].

فإذا باع الأب العروض، صار الثمن من جنس النفقة فله الإنفاق منه، وخلافاً للأب فإن الأم وسائر الأقارب لم تكن لهم ولاية التصرف في الصغر ليبقى أثر لتلك الولاية بعد البلوغ[٣]، وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال حتى يقال بجواز بيعهم.

أما دليل الصاحبين على عدم جواز بيعه، فهو أن البيع لا يكون إلا عن ولاية، ولا ولاية للأب على مال ابنه الكبير، والقياس[٤] عندهما أن المنقول كالعقار بجامع انقطاع ولاية الأب ببلوغ الابن، وبزوالها صار الأب كغيره في بيع أمواله، يدل ذلك على أن النفقة ليست أوجب من سائر الديون، وليس للأب أن يبيع شيئاً من عروض ولده في وفاء دين للأب على ولده[٥]، فولاية الأب تزول إلا فيما يبيعه تحصيناً وليس في بيع الأب لعروض ابنه أي تحصين أو حماية[٦].

وقد رأى الزيلعي ـ رحمه الله ـ أن في المسألة نوع إشكال، فإذا كان للأب ولاية الحفظ في غياب ولده باتفاق الحنفية، فما المانع من أن يقول الصاحبان

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣١. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٤.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. المبسوط: ٥/ ٢٢٦. بدائع الصنائع: ٤/ ٣٨.

(٣) المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣١.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣١. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤١.

(٥) المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٥٠٣.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٤.

بصحة بيعه بالنفقة؟ وكذلك ما المانع من البيع لأجل دين آخر[1]؟!

ولم يجب الحنفية إلا عن الإشكال الثاني حيث قالوا إن النفقة تختلف عن غيرها من الديون في كونها واجبة قبل أن يحكم القاضي بها، والقضاء فيها إعانة بخلاف سائر الديون[2].

وثمة إشكال آخر أيضاً على جواز بيع الأب مال ابنه المنقول للنفقة، فقولهم إن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب، يقتضي أن يصح بيع الأب إذا قصد الحفظ، وعدم صحته إن خلى قصده عن ذلك.

والبيع للنفقة ليس فيه حفظ لمال الابن، بل فيه إتلاف، فالأولى عدم جواز ذلك، وقد أجاب الحنفية عن هذا الإشكال بأنه لا أثر لقصد الأب الإنفاق في تغيير حكم البيع الذي ثبت له بقصد الحفظ، أي أن استعمال الحق في نفسه جائز، ولا يمنع منه ما يثبت فيه بعد ذلك.

فالأب إنما يبيع المنقول مما يخشى هلاكه بموجب ولاية الحفظ التي يملكها، وبعد بيعه يصير الثمن من جنس حقه فله الإنفاق منه، ولا تنافي بين تعلق حقه في الثمن وبين البيع الذي يعد حفظاً، أي ليس هناك تعارض بين جهة الإتلاف وجهة الحفظ؛ لأن الإتلاف غير ممكن إلا بعد وجوب النفقة في المال، والنفقة غير واجبة في العروض قبل البيع؛ لأنها ليست من جنس حقه[3].

- **بيع الأم مال ابنها الغائب**: على القول بجواز بيع الأب مال ابنه الكبير الغائب، فهل ينطبق ذلك على الأم بحيث يمكنها أن تباشر بيع ماله في نفقتها؟

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢٣٢. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٢٤.

اختلفت أقوال الحنفية في ذلك، فذهبوا في ظاهر الرواية إلى أن الأب هو الذي يتولى البيع دون الأم، وليس للأم أن تنفرد بذلك[١].

وجاء في بعض الروايات الأخرى عندهم جواز البيع للأبوين، وهذا يعارض ما جاء في ظاهر الرواية، فيحتمل أنه إما أن يكون هناك روايتان عند الحنفية، تنص الأولى على عدم جواز بيعها، أما الثانية فتعطي الأم الحق في البيع كالأب؛ لأن معنى الولادة يجمع بينهما، كما يجمع بينهما استحقاق النفقة.

ويحتمل أيضاً أن ما ذكر من إضافة البيع إليهما مؤول بأن الأب هو الذي يتولى البيع، وينفق عليه وعليهما، وإضافة البيع إليهما كانت بالنظر إلى أن منفعة البيع تعود إليهما. وبيع الأم بنفسها بعيد؛ لأن جواز البيع منوط بثبوت ولاية الحفظ، لا بالولادة ولا باستحقاق النفقة، وهذا يفيد ترجيح احتمال التأويل[٢].

القول المختار:

بعد عرض مسألة بيع مال الغائب ترجح لدي اختيار القول بجواز البيع مطلقاً، سواء أكان المال الذي تركه وراءه منقولاً أم غير منقول؛ لأن النفقة حق واجب عليه، فإذا حل أجل استحقاقها على إنسان وجب عليه الوفاء بها حاضراً كان أم غائباً، فإذا كان له مال من جنس النفقة كالطعام والنقود ونحو ذلك، أُخذ منه في نفقة المستحقين، وإن لم يكن له إلا عقار أو عروض ليست من جنس النفقة، فينبغي على القاضي أن يبيع عليه العرض أو العقار لاستيفاء ما وجب عليه منه.

---

(١) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٥٠٣. العناية للبابرتي: ٤/ ٤٢٤. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٩٤. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٦.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٣١. العناية للبابرتي: ٤/ ٢٢٤. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٥٠٣.

وأما حق الأب في بيع مال ولده، فإن كان من حقه أن يبيع المنقول في النفقة خاصة، فإن من حقه أن يبيع العقار في ذلك أيضاً، يشهد لذلك الأحاديث العديدة التي وردت عن رسول الله ﷺ والتي تُبين أن ولدَ الإنسانِ من كَسْبِه من ذلك: إن رجلاً قال: يا رسول الله، إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: **«أنت ومالك لأبيك»**[1].

فإذا كان هذا القول بحق الحاضر الذي يشتكي اجتياحَ والدِه مالَهُ، فمن باب أولى أن يتضمن حالة الغائب؛ لأن حاجة الأب في غيابه أكبر.

ومن ذلك ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **«إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم»**[2]، وفي بعض الروايات: **«فكلوا من أموالهم»**[3]. ومن ذلك قوله ﷺ: **«إن أولادكم هبة الله لكم يهب**

---

(١) أخرجه ابن ماجة في السنن، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث: ٢٢٩١. وأحمد في مسند، حديث: ٦٦٧٨، حديث: ٦٧٢٨. وقد وثق ابن حجر ـ رحمه الله ـ رجال هذا الحديث. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٠٢.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الولد يأخذ من مال ولده، حديث: ١٣٥٨. يقول أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح». وابن ماجة في السنن، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث: ٢٢٩٠. وأحمد في مسنده، حديث: ٢٥٣٣٥.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع، في الرجل يأكل من مال ولده، حديث: ٣٥٢٩. وابن ماجة في السنن، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، حديث: ٢٢٩٢. وأحمد في مسنده، حديث: ٢٥٧٠٩. والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، باب ولد الرجل من طيب كسبه: ٢/ ٤٦. يقول الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، وسكت الذهبي عنه. وقد نقل ابن حجر ـ رحمه الله ـ تصحيح أبي حاتم لهذا الحديث، ثم قال: «وأعله ابن القطان بأنه عن =

لمن يشاء إناثاً، ويهب لمن يشاء الذكور، فهم وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها»[1]. وغير ذلك.

يقول الشوكاني في تعليقه على هذه الأحاديث: «وهذه الأحاديث تدل على أن الرجل مشارك لولده في ماله، فيجوز له الأكل سواء أذن الولد أو لم يأذن، ويجوز له أن يتصرف به كما يتصرف بماله ما لم يكن ذلك على وجه السرف والسفه»[2].

وبيع الأب مال ولده بقدر حاجته ليس فيه أي سرف، ولذلك أول بعض العلماء قوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»** بأن معناه إذا احتاج لمالك أخذه، لا أن يباح له ماله على الإطلاق[3]، ويشهد لذلك ما جاء في حديث السيدة عائشة رضي الله عنها الآنف الذكر وفيه قوله ﷺ: **«إن احتجتم إليها»**.

وقد جاء لفظ المال في الأحاديث السابقة مطلقاً عن أي قيد، والمطلق يجري على إطلاقه مما يعطي الأب الحق في أخذ ما يحتاج إليه من مال ولده الغائب أياً كان.

المسألة الرابعة ـ أخذ الكفيل بالنفقة:

إذا حكم القاضي بالنفقة في مال الغائب لمن يستحقها من زوجة وأولاد

= عمارة عن عمته وتارة عن أمه وكلتاهما لا يعرفان». التلخيص الحبير لابن حجر: ٤/ ٩. وينظر: خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري: ٢/ ٢٥٥.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب التفسير، في سورة البقرة: ٢/ ٢٨٤. يقول الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، وسكت الذهبي عنه. والبيهقي في السنن، كتاب النفقات: ٧/ ٤٨٠. وينظر: التلخيص الحبير لابن حجر: ٤/ ٩.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ١٧.

(٣) فيض القدير للمناوي: ٥/ ٩.

وقرابة، فهل يجب عليه أن يطلب ممن فرض لهم النفقة كفيلاً بما يأخذونه؟

اختلفت الأقوال في هذه المسألة:

فقد رأى الحنفية أن أخذ كفيل بالنفقة من المحكوم له يحقق مصلحة الغائب؛ لأنه قد يحضر ويثبت أنه سلم زوجته النفقة قبل غيابه، أو أن زوجته كانت ناشزة، أو أنه طلقها وانقضت عدتها قبل غيابه، أو أنه أعطى أولاده وأبويه نفقة معجلة[١].

ولكن الحنفية اختلفوا في حكم أخذه على قولين: الأول وهو الأصح عندهم ذهبوا فيه إلى وجوب أخذ الكفيل، وذهبوا في القول الثاني إلى عدم الوجوب، إنما يستحسن أن يأخذه منهم احتياطاً لحق الغائب، والاحتياط لا يقتضي الوجوب، إضافة إلى أن الغائب يستطيع استدراك حقه حال عودته[٢].

وعمدة الحنفية في صرف الوجوب، أن أخذ الكفيل لا بد له من خصم يطلب ذلك، وليس هناك خصم مطالب في حالة الغائب، لذلك كان بوسع القاضي أن لا يأخذ كفيلاً[٣].

وذهب المالكية إلى القول بعدم أخذ كفيل بالنفقة التي تقبض من مال الغائب؛ لأن ما أخذ من مال الغائب في هذه الصورة كان بناءً على حكم القاضي، ولم يؤخذ على أنه قرض، وإنما بحكم القاضي بها. ويكون الغائب

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩. غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي بهامش درر الحكام: ١/ ٤١٧.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩.

على حجته، فإذا عاد من سفره وأثبت ما يسقط عنه النفقة رجع بها على المحكوم، ولا حاجة إلى كفيل(١).

أما الشافعية: فقد تعددت الأقوال عندهم كالحنفية، فذهبوا إلى وجوبها في الأقرب عندهم، وإلى عدم الوجوب في قول آخر(٢).

وفائدة أخذ الكفيل النظر في مصلحة الغائب لاحتمال طرو ما يسقط هذه النفقة، كموت الغائب أو طلاقه(٣).

ويأخذ القاضي الكفيل بالنفقة قبل أن يصرفها لها، وقد يشكل على ذلك بأنه ضمان ما لم يجب وهذا الإشكال غير وارد؛ لأن أخذ الكفيل هنا من قبيل ضمان الإحضار، لا من ضمان الدين، أي أن الكفيل يقوم بكفالة بدن المكفول فيحضره إذا تبين عدم استحقاقه(٤).

* * *

* المطلب الثاني ـ النفقة الواجبة للغائب:

يقصد بالنفقة الواجبة للغائب، أن يغيب مستحق النفقة عن المنفق سواء كان بعيداً عن موطنه أم قريباً منه، كمن يحتجز في سجن البلد، فهل يؤثر غياب

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٥٢٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ٢٠٠. المدونة الكبرى: ٢/ ١٨٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. حاشية الشرواني: ٨/ ٣٢٤ـ ٣٢٥. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠٠.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٨٤. فتح الوهاب للأنصاري: ٢/ ٢٠٥.

(٤) حاشية البجيرمي: ٤/ ١١٤.

المنفَق عليه على استحقاقه النفقة، أم يستمر وجوب النفقة له؟.

يختلف حكم الأقارب عن الزوجة، أما الأقارب، فلم يفرق الفقهاء بين كونهم حاضرين مع المنفق أو غائبين عنه، فإذا وجبت النفقة لأحد هؤلاء أياً كان أباً أم ابناً، فلا أثر لغيابه عن المنفق في رفع حكم الوجوب، ولا تسقط نفقته بهذا الغياب، إلا أن تصير ماضية ما لم تكن مفروضة من قبل القاضي على خلاف بين العلماء في ذلك[1].

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للزوجة، إذ إن غيابها عنه دون إذن، أو دون وجه حق يخل بكونها محتبسة لحقه، ويحول دون استمتاعه بها، مما يؤدي إلى إسقاط نفقتها.

ولغياب الزوجة عن زوجها عدة أسباب، فقد تغيب عنه بسبب حبسها، أو غصبها أو سفرها، فما حكم النفقة للزوجة الغائبة في هذه الحالات؟ للإجابة عن ذلك لابد من بحث كل حالة بشكل مستقل، وبيان ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة إذا كان الحبس سبب غيابها عن زوجها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في ظاهر الرواية[2]،

---

(١) الدر المختار للحصكفي: ٣/ ٦٣٤. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٢٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٨٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٤٠٣. المحرر لابن تيمية: ٢/ ١٦٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٦. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠.

والشافعية[١]، والحنابلة[٢]، إلى أن غياب الزوجة عن زوجها بسبب الحبس يسقط نفقتها، سواء أحبست بحق في دين تقدر على إيفائه أو ظلماً، وذلك كأن تحبس في دين لا تقدر على الوفاء به، هذا إذا حبست من قبل غير الزوج.

فإذا حبسها زوجها بدين له عليها، فلها النفقة على الأصح عند الحنفية[٣]، أما الشافعية فقد اشترطوا لوجوب النفقة لها أن تكون معسرة وأن يعلم الزوج بذلك، فإن منعته الدين عناداً فلا نفقة لها[٤].

القول الثاني: ذهب المالكية[٥]، وأبو يوسف من الحنفية[٦]، إلى عدم إسقاط نفقة الزوجة بسبب حبسها في دين، إلا أن يكون سبب الحبس منها.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٩، ٤/ ٣٣٧. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٧٤. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ١٦٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٣٠٧. حاشية البجيرمي: ٤/ ١١٤. حاشية البيجوري: ٢/ ٣٥٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨١. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٨٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٨.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٩. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٦. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: ٧/ ٢٠٥. وقيل: إن علم الزوج بإعسارها ليس بقيد، فتجب النفقة لها إن حبسها بدين له عليها وكانت معسراً سواء أعلم الزوج بإعسارها أم لم يعلم. ينظر: حاشية الرملي على تحفة المحتاج: ٨/ ٣٢٦.

(٥) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٥٩.

(٦) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٥. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٣٨٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥.

ويشترط لذلك: أن لا تكون مماطلة، فإذا كانت مماطلة سقطت نفقتها عند المالكية في القول المرجوح[١]؛ لأنها قصرت في الأداء[٢]؛ وأن تكون غير قادرة على أداء الدين الذي حبست فيه أو محبوسة بظلم، فإن كانت قادرة على الأداء، أو محبوسة بحق سقطت نفقتها عند أبي يوسف[٣].

القول الثالث: وهو للكرخي من الحنفية[٤]، وذهب فيه إلى التفصيل: فإذا كان غيابها في حبس بدين قبل انتقالها إلى منزل الزوج، فإذا استطاعت أن تخلي بينه وبينها فلها النفقة، وإن لم تستطع التخلية؛ لأن المكان لا يسمح فلا نفقة لها.

أما إن حبست بعد انتقالها إليه، فلا تسقط نفقتها[٥].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور لقولهم بسقوط النفقة لغياب الزوجة بسبب حبسها مطلقاً بما يأتي:

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣.

(٢) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: ٧/ ٢٠٥.

(٣) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٩. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥.

(٤) **الكرخي**: اسمه عبيدالله بن الحسين بن دلال، أبو الحسن، الشيخ الإمام، مفتي العراق شيخ الحنفية، انتهت إليه رئاسة المذهب، وانتشرت تلامذته في البلاد، والكرخي نسبة إلى الكرخ، كان من العلماء العباد ذا تهجد وصبر على الفقر والحاجة وزهد تام، وكان رأساً في الاعتزال، توفي رحمه الله في سنة ٣٤٠هـ. طبقات الحنفية للقرشي: ٣٤٠. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٥/ ٤٢٦.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥.

١ ـ إن النفقة واجبة على الزوج عوضاً عن احتباسه إياها، فإذا اختل هذا الاحتباس لمعنى من جهته، فإن هذا الاختلال لا عبرة به، ويعد الاحتباس باقياً تقديراً؛ لأن سبب الاختلال يعود إليه فتجب النفقة لها مع فوات هذا الاحتباس.

أما إن كان لسبب ليس من جهة الزوج فلا يُقَدَّر قيامه، أي أن الاحتباس فات حقيقة وحكماً وهو الموجب ـ للنفقة ـ ليس غير، وعند عدمه ينعدم الحكم، وحبس الزوجة بدين إن كان بحق يفوِّت الاحتباس لسبب من جهتها؛ لأنها مماطلة مع قدرتها، وإن كانت محبوسة ظلماً، أو لعدم قدرتها، فإن فوات الاحتباس وإن لم يكن لمعنى من جهتها، فليس لسبب من جهته[1].

٢ ـ إن غياب الزوجة عن زوجها بسبب الحبس ظلماً كان أم حقاً يفوت على الزوج التمكين من الاستمتاع بالكلية، والنفقة عوض في مقابلة التمكين عند الشافعية والحنابلة[2]، فإذا فات التمكين سقطت النفقة[3].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم سقوط النفقة لغيابها بسبب الحبس إلا أن يكون لسبب منها، بأن فوات الاستمتاع لم يكن بسبب من جهتها، وعجزها عن أداء الدين خارج عن إرادتها، وهذا يقتضي أن لا تسقط نفقتها.

---

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٦ ـ ١٩٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٩. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٣٨٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥ ـ ٨٦. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٥١. الكافي لابن قدامة: ٤/ ١٠٦. وينظر: المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٤. حاشية الجمل: ٤/ ٤٨٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٦٥.

(٣) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٥. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤.

أما إذا كانت قادرة على الأداء وماطلت، فإن السبب ينسب إليها وتعد بحكم الممتنعة، وتدخل في مفهوم النشوز المسقط للنفقة[١].

أدلة القول الثالث:

استدل الكرخي لقوله بما يأتي:

١ ـ إذا كان غيابها بسبب الحبس قبل انتقالها إليه، وكانت الزوجة قادرة على أن تخلي بينها وبينه، فالظاهر منها عدم المنع إذا طالبها الزوج بأن تمكنه، وهذا هو المقصود بالتسليم، فإن لم يطالبها الزوج بذلك فالتقصير من قبله، وعدم استلامه مع تمكنه لا يسقط نفقتها.

٢ ـ إذا كان غيابها بسبب الحبس بعد انتقالها إليه، فإن نفقتها تستمر؛ لأن انتقالها إلى بيته يدل على حصول التسليم المطلق المُمَكِّن من الوطء والاستمتاع، فإذا طرأ عارض يحول دون التسليم، فلا أثر له على إسقاط النفقة لاحتمال زواله، قياساً على عارض الحيض الذي يمنع الزوج من الاستمتاع[٢].

وقد نوقش هذا القول بأن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على حالة غيابها بسبب الحبس في دين لا تستطيع قضاءه، فإن تمكنت من القضاء ولم تفعل، فلا نفقة لها[٣].

المناقشة والرأي المختار:

يلاحظ على قول الجمهور بسقوط نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ١٩ ـ ٢٠.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠.

مطلقاً ظلماً كان أم حقاً، أنهم لم يفرقوا بين كونها محبوسة بظلم أم بحق، وقد أعطوا للزوجة في هاتين الحالتين حكماً واحداً، فكيف يتفق أن يكون الحكم في غيابها لسبب قاهر كحكم غيابها لسبب يعود إليها، ومن أمثلة السبب الأول القاهر الذي لا تستطيع رفعه، أن تحبس الزوجة ظلماً، أو أن تحبس في دين تعجز عن قضائه، ومن أمثلة الثاني أن تحبس في دين وهي قادرة على الوفاء به، فإذا لم تقض ما عليها فتعد مماطلة وهي بذلك كمن اختارت حبس نفسها، وهذا يجعلها بحكم الناشز؛ لأنها أخلت بالاحتباس الواجب للزوج بإرادتها، وذلك يقتضي التفريق بينهما في الحكم.

ثم إن الزوجة إذا كانت قد سلمت نفسها تسليماً مطلقاً قبل حبسها، وهو التسليم الممكِّن من الاستمتاع بها، فقد وجبت نفقتها قبل الحبس، فإذا طرأ عارض ليس من جهتها يمنع التمكين أو التسليم، وكان العارض محتملاً للزوال، فإنه لا يؤثر في إسقاط نفقتها قياساً على عارض الحيض الذي يحول دون تمكين الزوج من الاستمتاع، بجامع عدم قدرتها على دفع السبب المانع من الوطء في كل.

وبناءً على ذلك اخترت القول الثاني الذي يفرق بين غياب الزوجة بسبب الحبس بظلم أو بوجه حق، ويشهد لذلك أن ما جعله الله تعالى من مودة ورحمة بين الزوجين يقتضي أن يساند الزوج زوجته إذا حبست ظلماً أو في دين تعجز عن قضائه، وأن لا تسقط نفقتها في هذه الحالة.

أما إن حبست بحق أو في دين تقدر على الوفاء به ولم تفعل، فلا نفقة لها؛ لأنها فوتت التسليم ومنعت من التمكين بسبب يمكنها رفعه.

ولابد من الإشارة إلى أنه إذا كان غيابها بسبب حبس في دين الزوج، وهي عاجزة عن قضائه، فإن غيابها لا يسقط نفقتها عند معظم الفقهاء؛ لأن الغياب

كان بسبب من جهة الزوج وهذا يمنعها من أن تمكنه أو أن تسلم نفسها إليه، ثم إن الزوج هو الذي فوت حقه في الاستمتاع، وهذا يدل على رضاه بذلك[١]. إضافة إلى أن في حبسه لها مع عدم قدرتها مخالفة للأمر الوارد بإنظار المعسر لحين يساره.

الفرع الثاني ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الغصب:

إذا غصب رجل زوجة آخر كرهاً، وأجبرها على مغادرة بيت الزوجية أو على ترك زوجها، فما هو حكم النفقة الواجبة على الزوج، هل تستمر أم تسقط؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية في المفتى به عندهم[٢]، والشافعية[٣] إلى سقوط نفقة الزوجة لغيابها بسبب الغصب.

القول الثاني: ذهب أبو يوسف ـ رحمه الله ـ من الحنفية[٤] إلى عدم سقوط النفقة للغياب بسبب الغصب.

ولم يتعرض المالكية والحنابلة ـ فيما بحثت فيه ـ لهذه المسألة، إلا أن قواعد المذهب المالكي تفيد عدم سقوط نفقتها؛ لأن منعه من الاستمتاع كان

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٨. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٥٩. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٩. نهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي عليه: ٧/ ٢٠٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٣٨٥.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٩.

(٤) الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. بدائع الصنائع: ٤/ ٢٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. فتح القدير: ٤/ ٣٨٥.

لسبب ليس من جهتها، وهذا يستفاد من تعليلهم عدم سقوط نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس[(١)].

أما عند الحنابلة فإن قولهم بسقوط نفقتها بسبب غيابها في حبسها ولو ظلماً يفيد سقوط نفقتها لغيابها بسبب الغصب لفوات التمكين المقابل للنفقة[(٢)].

الأدلـــــة:

١ ـ **أدلة القول الأول**: استدل القائلون بسقوط نفقة الزوجة لغيابها بسبب الغصب؛ لأن فوات التسليم كان بسبب ليس من جهة الزوج؛ ولأن النفقة تجب عليه عوضاً عن احتباسه إياها، وقد فات هذا الاحتباس، وتعذر تقديره؛ لأنه لا يد له في فواته[(٣)].

واستدلوا لذلك أيضاً بالقياس على العين المستأجرة، فإذا غُصبت العين المستأجرة، سقطت الأجرة عن المستأجر؛ لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر، وإن لم يكن من جهة المؤجر، فكذا في حالة غصب الزوجة[(٤)].

٢ ـ **أدلة القول الثاني**: استدل القائلون بعدم سقوط النفقة لغياب الزوجة بسبب الغصب، بأنه لا منع من جهة الزوجة، وفوات الاحتباس أو التمكين لم يكن لسبب من جهتها، فتعد بحكم المعذورة ولا تسقط نفقتها[(٥)].

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. وينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. درر الحكام لمنلاخسرو: ٤/ ٤١٤. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٧. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٩.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠.

(٥) المراجعان السابقان.

القول المختار:

من خلال ما تقدم بدا لي اختيار القول الثاني؛ لأن الزوجة أُكرهت على تفويت التسليم، ومع فواته لسبب ليس من قبلها إلا أنها ما زالت محتبسة لحقه، فالغصب لا يؤثر في إسقاط الزوجية ويبقى الاحتباس قائماً لحقه مع كونها مغصوبة، ويمكن أن يشهد لذلك أن غصب الأرض لا يسقط حق المالك في أرضه، فكذا غصب الزوجة لا يغير صفة كونها محتبسة.

الفرع الثالث ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب السفر:

فرق الفقهاء في حكم نفقة الزوجة الغائبة في سفر، بين السفر لشؤون الحياة وسفر العبادة وذلك من أجل تحديد معنى النشوز الذي يسقط النفقة، إذ يختلف ذلك بين سفر وآخر عند بعض الفقهاء، وسأبحث في كل حالة بشكل مستقل.

أولاً ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة في سفر لشؤون الحياة:

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا غابت عن زوجها بسبب سفرها لأمر من أمور الدنيا بإذن زوجها، وكان هذا السفر لقضاء حاجته لم تسقط نفقتها[1]؛ لأنها غابت عنه في أمور تخصه، وهي بذلك كمن كانت عنده وفي قبضته، فلم تفوت عليه التمكين، ولا فات من جهتها، وإذن الزوج لها بالسفر يجعله بحكم المسقط لحقه، وهذا لا يسقط حقها.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٢. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٤ ـ ١٩٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٤. شرح الخرشي: ٤/ ١٩٩. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٠. الأم للشافعي: ٨/ ٢٨٦. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٨، ٨/ ١٨٤.

إلا أنهم اختلفوا في صورتين: الأولى أن يكون غيابها في سفر دون إذنه، والثانية أن تسافر بإذنه ولكن في حاجة نفسها، وفيما يأتي بيان ذلك:

الصورة الأولى ـ حكم نفقة الزوجة إذا غابت عن زوجها في سفر دون إذن منه:

اختلف الفقهاء في حكم النفقة في هذه الصورة على قولين، واختلافهم هنا ناشىء عن اختلافهم في مسألة سقوط نفقة الزوجة بسبب نشوزها؛ لأن سفر الزوجة وغيابها عن زوجها دون إذنه يعد نشوزاً.

القول الأول: تسقط نفقة الزوجة إذا سافرت دون إذن زوجها عند جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

إلا أن المالكية يشترطون لإسقاط نفقة الزوجة في هذه الصورة، أن يعجز الزوج عن منعها من السفر، فإن قدر على ذلك ابتداءً، بأن خرجت للسفر وهو حاضر قادر على منعها ولم يفعل لم تسقط نفقتها؛ لأن عدم منعها يعد كإذنه[٥].

القول الثاني: لا تسقط نفقة الزوجة وإن سافرت وغابت عن زوجها بغير رضاه، وهذا قول الظاهرية[٦].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٤ ـ ١٩٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. حاشية قليوبي وعميرة: ٥/ ٨٠.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٣. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٠. المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٨، ٨/ ١٨٤. المقنع لابن البنا: ٣/ ٩٤٨.

(٥) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٤. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤١.

(٦) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩، ١١٣.

الأدلـــــة:

١ ـ **أدلة القول الأول:** استدل الجمهور لقولهم بسقوط نفقة الزوجة إذا كان غيابها في سفر دون إذن من الزوج بأن غيابها دون رضاه يعد خروجاً عن قبضته وطاعته، وهذا يجعلها ناشزاً؛ لأنها فوتت عليه التمكين وأخلت بالاحتباس الواجب له(١).

٢ ـ **أدلة القول الثاني:** لم يعرض الظاهرية لهذه الصورة أدلة خاصة بها، إلا أن أدلتهم لوجوب النفقة للزوجة الناشز هي ذات الأدلة هنا؛ لأن سفر المرأة دون إذن زوجها يجعلها ناشزاً.

وأهم أدلتهم في ذلك: أن الله عز وجل بين ما على الناشز فقال: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا﴾[النساء: ٣٤]. والآية تدل على أن الناشز لا تعاقب إلا بالهجر أو الضرب، فالقول بإسقاط نفقتها يعد زيادة على الآية وهذا شرع في الدين لم يأذن به الله تعالى(٢).

ومن أدلتهم أيضاً العموم المستفاد من قول رسول الله ﷺ في حجة الوداع: **«ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**(٣).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٤ ـ ١٩٥. الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٤. شرح الخرشي: ٤/ ١٩٩. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٥.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ١١٤.

(٣) هذا جزء من حديث الحج الذي أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث: ٣٠٧٤، وقد سلف تخريجه ص: ٢٥٦.

واستدلوا أيضاً بما جاء في الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد يطلب منهم أن يأمروا من طالت غيبته بأن يبعث نفقة زوجته، أو يرجع إليها أو أن يطلقها[١]، ولم يستثن عمر رضي الله عنه امرأة من غيرها، يقول ابن حزم: «ما نعلم لعمر في هذا مخالفاً من الصحابة»[٢].

المناقشة والقول المختار:

أجاب الظاهرية على استدلال الجمهور بسقوط نفقة الزوجة إذا نشزت، بأنه استحلال لظلم الزوجة بإسقاط نفقتها مقابل ظلمها للزوج في منعه من الوصول لحقه، يقول ابن حزم: «وهذا هو الظلم بعينه والباطل صراحاً»[٣].

أما ما استدل به الظاهرية في وجوب النفقة للناشز، فيجاب عنه بأن الآية الكريمة قد بينت سبل تأديب الزوجة الناشزة الحاضرة معه في منزله، أما الغائبة عنه فكيف له أن يهجرها أو يضربها مما يدل على أنها إذا غادرت منزله وغابت عن زوجها، فإن سبيل التأديب يتعين أن يكون في إسقاط نفقتها حتى تعود إلى طاعته.

أما الحديث والأثر، فإنهما يدلان على وجوب النفقة للزوجة إذا كانت في طاعة زوجها مسلمة نفسها إليه ولو حكماً، فالحديث ليس حجة للظاهرية.

وبناءً على ما تقدم أرى اختيار قول الجمهور بسقوط نفقة الزوجة التي تغيب عن زوجها في سفر دون إذنه؛ لنشوزها بذلك، ولامتناعها من تمكينه وخروجها عن طاعته، ذلك أن النفقة ـ وكما مر ـ في مقابل الاحتباس، وقد اختل هذا الاحتباس بغيابها عنه دون رضاه بسبب من جهتها مما يسقط نفقتها.

---

(١) ينظر: مسند الشافعي، كتاب أحكام القرآن: ٢٦٧. وقد سلف تخريج هذا الأثر ص: ١٧٢.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٣) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٠.

الصورة الثانية ـ حكم نفقة الزوجة إذا سافرت بإذن زوجها في حاجتها:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة في هذه الصورة على قولين:

القول الأول: لا نفقة لها، وهذا عند الحنفية[١]، والشافعية في الأظهر[٢]، والحنابلة في المذهب[٣].

القول الثاني: تجب النفقة للزوجة ولا تسقط لغيابها إذا أذن الزوج بذلك؛ وهذا قول المالكية[٤]، والشافعية في مقابل الأظهر[٥]، والحنابلة في رواية[٦]، والظاهرية[٧].

الأدلـــــة:

١ ـ **أدلة القول الأول:** استدل القائلون بسقوط نفقة الزوجة في هذه الصورة، بأن سفر الزوجة لحاجتها يفوت على الزوج التمكين لأمر يعود نفعه

---

(١) ينظر: الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٦.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٦. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٧٩.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٨٣٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٥.

(٤) حاشية الدسوقي: ٤/ ٥١٤.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٩.

(٦) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨٠، ٣٨٢.

(٧) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩، ١١٣.

إليها، وهو قضاء حاجتها، وهذا نظير ما لو طلبت منه أن يمهلها مدة قبل الدخول فأمهلها، فإن نفقتها لا تجب عليه في مدة الإمهال[1].

ويرد على هذا القول أن فوات التمكين كان بسبب أذن الزوج فيه[2]، فإذنه لها بالسفر يسقط حقه عليها ولكن لا يسقط حقها عليه.

٢ ـ **أدلة القول الثاني**: استدل القائلون بعدم سقوط النفقة بأن الزوجة سافرت لحاجتها بإذن زوجها، وهذا الإذن يجعلها بحكم من سافرت في حاجته[3].

الرأي المختار:

من خلال ما تقدم ترجح عندي اختيار القول بعدم سقوط نفقتها؛ لأن القول بسقوطها مع أنه أذن لها بالسفر يجعلها والناشز سواء، أو بحكم الناشز فيما يتعلق بالنفقة، وكيف يتفق أن تكون ناشزاً وقد أذن لها بالغياب عنه ولم تخرج عن طاعته؟!

والقول بسقوط نفقتها مع إذنه لها يؤدي في نهاية المطاف إلى نفي تأثير الإذن فيما يخص النفقة ويجعل وجوده وعدمه سواء. ثم إن في إذن الزوج لزوجته بالسفر لحاجتها تنازلاً ضمنياً عن حقوقه عليها خلال المدة التي تحتاجها، وتنازله عن حقه لا يتعدى إلى إسقاط حقها بالنفقة.

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤. وينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٥.

(٢) ينظر: حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤.

ثانياً ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة في سفر لعبادة:

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على سقوط نفقة الزوجة إذا غابت دون إذن زوجها في سفر لحج التطوع[1]، ولم يخالف في ذلك سوى الظاهرية الذين قالوا بوجوب النفقة لها وإن سافرت دون إذنه[2].

كما أنهم اتفقوا على عدم سقوط نفقة الزوجة إذا خرجت مع زوجها بإذنه لحج الفرض أو التطوع، لقيام الاحتباس، ولتمكنه من الاستمتاع بها، فهي بحكم المقيمة معه[3].

إلا أنهم اختلفوا في نقطتين: الأولى أن تخرج الزوجة لحج التطوع بإذن زوجها ولكن دون مرافقته، والثانية أن تغيب عنه وتسافر لأداء حج الفريضة دون إذنه، وفيما يأتي بيان حكم النفقة في كل نقطة.

النقطة الأولى ـ أن تغيب الزوجة عن زوجها في سفر لحج التطوع بإذن الزوج:

وحكم نفقة الزوجة في هذه النقطة كالحكم في حالة خروجها بإذنه في حاجة نفسها، ولذلك سأعرض آراء الفقهاء، وأدلتهم بشكل موجز.

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٤٠٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٦. ويشترط المالكية لسقوط النفقة أن يعجز الزوج عن ردها، فإن قدر ولم يفعل لم تسقط نفقتها. ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٦. العناية للبابرتي: ٤/ ٣٨٦. لسان الحكام للحنفي: ٣٣٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج: ٥/ ١٧١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤.

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة إذا غابت في سفر التطوع بإذن زوجها على قولين:

القول الأول: لا نفقة لها، وهذا عند الحنفية[١]، والشافعية في الأظهر[٢]، والحنابلة في المذهب[٣].

القول الثاني: تجب نفقة الزوجة ولا تسقط لغيابها بإذنه، وهذا قول المالكية[٤]، والشافعية في مقابل الأظهر، والحنابلة في رواية، والظاهرية[٥].

الأدلـــة:

١ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول لسقوط نفقة الزوجة، بأن سفرها وإن كان بإذنه إلا أنها فوتت التمكين باختيارها، وهذا يجعلها بحكم المسافرة لحاجة نفسها[٦]، فهي بهذا الغياب تمنع نفسها بسبب لا من جهته وتفوت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب[٧].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. درر الحكام لمنلاخسرو: ١/ ٤١٤. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٦.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤.

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧.

(٥) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٨١. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٦) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٣٤.

(٧) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠.

٢ ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول لعدم سقوط نفقتها بأن غياب المرأة في سفرها لحج التطوع كان بإذن الزوج، والإذن يجعلها في حكم من سافرت في حاجته[١].

القول المختار:

بناءً على ما اخترته في مسألة غياب المرأة بإذن زوجها في حاجة نفسها، أختار هنا أيضاً عدم سقوط نفقة الزوجة لرضا الزوج بالتنازل عن حقه من خلال إذنه لها، إذ لو لم يرض بذلك لما أذن لها بالسفر.

النقطة الثانية ـ أن تغيب الزوجة عن زوجها بسبب أداء فريضة الحج:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة إذا خرجت لأداء فريضة الحج مع محرم غير الزوج، أو دون محرم، وفرقوا بين أن تغيب الزوجة لأداء فريضة الحج بإذن الزوج أو دون إذنه، وفيما يأتي بيان ذلك:

الحالة الأولى ـ إذا غابت الزوجة عن زوجها بقصد أداء فريضة الحج بإذن الزوج:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة إذا خرجت بإذن الزوج مع محرم سواه، أو دون محرم لأداء فريضة الحج على قولين:

القول الأول: لا تسقط نفقتها، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية[٢]،

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠. لسان الحكام للحنفي: ٣٣٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. وقد فرق بعض الحنفية في حكم نفقة الزوجة بين خروجها للحج قبل انتقالها إلى بيت الزوجية وبعده، فإن حجت قبل انتقالها بلا محرم ولا زوج فهي ناشز ولا نفقة لها بإجماع الحنفية، أما إذا حجت بعد انتقالها إليه مع محرم سوى الزوج فتسقط نفقتها عند محمد، ولا تسقط عند أبي يوسف. على حين =

والشافعية في مقابل الأظهر[١]، والحنابلة[٢] والظاهرية[٣].

القول الثاني: تسقط نفقتها؛ وهذا عند الحنفية[٤]، والشافعية في الأظهر[٥].

الأدلــــة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول لوجوب نفقة الزوجة في هذه الحالة بما يأتي:

= أطلق كثير من فقهاء الحنفية ولم يفرقوا في حكم نفقة الزوجة إذا خرجت للحج بين أن يحدث ذلك قبل التسليم أو بعده، وذهبوا إلى أن المعول عليه لوجوب النفقة أن تخرج للحج معه، فإن خرجت مع غير الزوج سقطت نفقتها لفوات الاحتباس، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، أما أبو يوسف فقد رأى أن إقامة الفرض يعد عذراً، ولذلك قال بعدم سقوط نفقتها. ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٣٨٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٧. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩.

(١) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. وينظر: نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧. روضة الطالبين: ٦/ ٤٧١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٥٥. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠٤. واشترط الحنابلة لذلك أن تحرم بالحج من الوقت الواجب ومن الميقات المحدد، فإن قدمت الإحرام على الميقات، أو خرجت قبل وقت الحج، فلا نفقة لها؛ لأنها فوتت عليه التمكين دون عذر. ينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٤.

(٣) المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٦. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٩٧. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩.

(٥) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. وينظر: حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠.

١ ـ إن الزوجة قد سلمت نفسها لزوجها، وهذا يوجب نفقتها، وفوات التسليم لم يكن لسبب من جهتها أو باختيارها، إنما كان بعذر أدائها لفريضة الحج(١). وإذا فات الاحتباس لسبب لا يد لها فيه لم تسقط نفقتها(٢)؛ لأن الزوجة فعلت ما عليها بأصل الشرع(٣).

٢ ـ استدلوا لذلك أيضاً بالقياس على صوم رمضان وعلى المرض(٤)، حيث يحول كل منهما دون أن يتمكن من الاستمتاع بها، فإذا سلمت الزوجة نفسها وانتقلت إلى بيت الزوج، ثم لزمها صوم رمضان، أو مرضت لم تسقط نفقتها، فكذا إذا غابت في حج الفريضة وفوتت عليه حق الاستمتاع.

وقيل لا تسقط نفقتها؛ لأنها مضطرة للخروج؛ لأن الحج يجب على الفور(٥).

ب ـ **أدلة القول الثاني**: استدل أصحاب هذا القول لسقوط نفقتها بما يأتي:

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٦. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. الهداية للمرغيناني: ٢/ ٤٠.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٥٥.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. وقد اختلف الفقهاء في الحج هل هو واجب على الفور أم على التراخي؟ وتعددت أقوال المذاهب على قولين. ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي: ١/ ٣٨٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ١١٩. كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ١/ ٦٤٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣. الوسيط للغزالي: ٢/ ٧٠٦. المنهج القويم للهيتمي: ٥٥٤. المغني لابن قدامة: ٣/ ١٠٠.

١ ـ إن غياب الزوجة لأداء فريضة الحج يؤدي إلى فوات الاحتباس لأمر من قبلها، والاحتباس لسبب ليس من جهة الزوج يحول دون تقدير بقائه حكماً، إذ لو فات من قبله لجعل باقياً تقديراً[١].

وأجابوا عن القول بأن الفرض عذر بأنه صحيح، ولكنه من جهتها[٢].

٢ ـ إن الزوجة بغيابها تمنع حق زوجها بالاستمتاع بها، وهو واجب على الفور بمقابل أدائها فريضة الحج الواجبة على التراخي، وهذا يدفع قولهم بأنها مضطرة[٣].

والقول الذي رأيت اختياره هنا أن لا تسقط نفقتها إن خرجت بإذنه؛ لأن فوات حق الزوج قد نشأ عن إذنه، وإذا كان سفرها بإذنه لحاجتها لا يسقط نفقتها ـ بناءً على القول الذي اخترته عند بحث هذه المسألة ـ فإن خروجها بإذنه لأداء فريضة الحج أولى بأن لا تسقط نفقتها فيه.

الحالة الثانية ـ إذا غابت الزوجة لأداء فريضة الحج دون إذن الزوج:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة في هذه الحالة على قولين، الأول تسقط نفقتها، والثاني لا تسقط، وأجد من المفيد أن أعرض أقوال المذاهب بشكل منفصل توخياً للدقة:

١ـ الحنفية: نص الحنفية على أن خروج الزوجة من بيت الزوجية يسقط نفقتها، وإن كانت خارجة بحق، كما لو خرجت لحج الفريضة[٤]، ولم يتعرضوا

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٨٦. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٣. والمذهب عندهم أنه ليس للزوج أن يمنعها من الخروج =

للحديث عن خروجها بإذن الزوج أو دون إذنه، ولكنهم ذهبوا في المفتى به عندهم إلى سقوط نفقتها سواء كانت عاصية في الخروج أم طائعة[١]. وهذا يفيد سقوط نفقتها إذا خرجت دون إذنه.

٢ـ **المالكية**: لا أثر لإذن الزوج في حكم نفقة الزوجة التي تخرج لأداء فريضة الحج، فقد نصوا على وجوب النفقة للزوجة الغائبة بسبب أداء الفريضة وإن لم يأذن لها الزوج بذلك[٢].

٣ـ **الشافعية**: تسقط نفقة الزوجة الغائبة في حج فرض أو نفل إذا خرجت دون إذن الزوج؛ لأنها بخروجها على هذه الصفة تعد ناشزاً؛ ولأنها منعت حق الزوج وهو واجب على الفور بما هو على التراخي[٣].

٤ـ **الحنابلة**: بحث الحنابلة حكم نفقة الزوجة الغائبة لأداء فريضة الحج بشكل مطلق ولم يتعرضوا لخروجها بإذن الزوج أو دون إذنه بشكل صريح، إلا أن نصوصهم تفيد وجوب النفقة لها وإن خرجت دون إذنه في حجة الإسلام؛ لأن القاعدة عندهم أن الزوجة إذا فوتت على الزوج حق الاستمتاع باختيارها سقطت نفقتها، كأن تخرج لأداء حج منذور في وقته ولو كان النذر بإذن الزوج، حيث رأوا أن النذر صدر من جهتها بخلاف خروجها في حجة الإسلام إذ هي

= لأداء حجة الإسلام. ينظر: حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح: ٤٧٨.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٩.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. منح الجليل لعليش: ٣/ ٤٠٣. وهذا موافق لقول الظاهرية الذين يقولون بوجوب النفقة للزوجة وإن كانت ناشزاً. ينظر: المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٣) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٧١.

واجبة بأصل الشرع فلا تسقط نفقتها[(١)].

ثم إن مفهوم المخالفة لنصوصهم في هذه المسألة يفيد وجوب النفقة لها، وأذكر منها ما جاء في الكافي: «وإن سافرت زوجته بغير إذنه لغير واجب... فلا نفقة لها»[(٢)]، وما جاء في المبدع: «وإن نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه، أو تطوعت بصوم أو حج فلا نفقة لها»[(٣)]، وهذا يدل على أنها إذا خرجت بغير إذنه في واجب، أو خرجت في حج الفريضة فلها النفقة، وإلا فليس ثمة فائدة من تقييدهم السفر دون إذنه بسفر لغير واجب، أو بحج التطوع.

وأختار في هذه الحالة القول بعدم وجوب نفقتها؛ لأن خروجها دون إذن الزوج وإن كان لأداء واجب، إلا أنه يخل بمعنى كونها محتبسة لحقه طائعة له مما يجعلها ناشزاً، مما يسقط نفقتها، هذا مع الإشارة إلا أن الأظهر أنه ليس للزوج أن يمنعها من أداء فريضة الحج، ومما يشهد لذلك أن حق الزوج واجب على الفور، أما فريضة الحج فواجبة على التراخي.

* * *

المبحث الرابع
الشفعة الواجبة للغائب

*** تمهيد:**

الشفعة لغة مأخوذة من الشفع وهو الضم أو الزيادة؛ لأن الشفيع يضم

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥.

(٢) الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٦٥.

(٣) المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٢٠٤.

المبيع إلى ملكه فيشفعَهُ به، كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً، فهي ضد الوتر، والشفيع صاحب الشفاعة، والشفعة تكون في الدور والأرض[(١)]، أما في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة على النحو الآتي:

عرف الحنفية الشفعة بأنها: «تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، بمثله لو كان مثلياً وإلا فبقيمته»[(٢)].

وهي عند المالكية: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه»[(٣)].

وعند الشافعية هي: «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض»[(٤)].

أما الحنابلة فعرفوها بأنها: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يده إذا انتقلت إلى غيره من يد من انتقلت إليه حصة الشريك»[(٥)]، أي: المشتري.

---

(١) مختار الصحاح للرازي، مادة: شفع، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير، مادة: شفع. تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٩/ ٣٦٨.

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢/ ١٦٦. الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين: ٦/ ٢١٦. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٣٩. البحر الرائق لابن نجيم: ٨/ ١٤٣. وقد جاء في بعض تعريفاتهم أنها تملك العقار بدلاً من تملك البقعة، ورأى قاضي زادة أن الأظهر في تعريفها أنها: «عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار». ينظر: تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٩/ ٣٦٩.

(٣) التاج والإكليل للمواق: ٧/ ٣٦٦. وينظر: مختصر خليل: ٢٣٢. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٧٣. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ٣١٠.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٧٢. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٣/ ٢٦٥. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٤٣.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٣٤. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢٥٠. المغني لابن قدامة: ٥/ ١٨٧.

وتتفق التعاريف السابقة على قدر مشترك، هو حق الشريك أو الشفيع في أخذ حصة شريكه المبيعة قهراً عنه بثمنها المبيعة به.

والشفعة مشروعة بدليل السنة والإجماع:

أما السنة، فأحاديث عديدة منها: أن رسول الله ﷺ «قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم رَبْعة أو حائط[١]، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[٢].

وجه الدلالة: في قضائه ﷺ بالشفعة، ولو كانت غير مشروعة لَما قضى بها.

أما الإجماع[٣]: فقد أجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار مالم يقاسم[٤].

ولن أتناول من أحكام الشفعة إلا ما يتعلق منها بغياب الشفيع، وأثر ذلك على استمرارية حق الشفعة الثابت له.

فهل يُسقِط غياب الشفيع حقه بالشفعة أم يستمر واجباً له طيلة مدة غيابه؟.

---

(١) الرَبْعة والربع: الدار والمسكن ومطلق الأرض، والحائط: البستان. ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ١١/ ٤٥. مختار الصحاح للرازي، مادتي: ربع وحوط.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث: ١٦٠٨. مصنف ابن أبي شيبة، كتاب أقضية رسول الله ﷺ، حديث: ٢٩٠٤٣.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٧٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٥٤. كشاف القناع: ٤/ ١٣٤. وينظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ١١/ ٤٥. سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٧٣.

(٤) لم يخالف في ثبوت الشفعة إلا الأصم، فذهب إلى عدم ثبوتها؛ لأنها تضر بأرباب الأملاك، ومخالفة الأصم لا تنفي وقوع الإجماع؛ لأنها مخالفة للأحاديث الصحيحة، أو لانعقاد الإجماع قبلها. ينظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٤٦٠. فتح الباري لاين حجر: ٤/ ٥٤٩.

فرق كثير من الفقهاء في حكم هذه المسألة بين حالتين، فالشفيع إما أن لا يعلم في غيبته بما يوجب الشفعة، أو أن يعلم بها، وسأعرض فيما يأتي أقوال الفقهاء في كل حالة في المطلبين الآتيين:

* * *

*** المطلب الأول ـ حكم الشفعة للغائب إذا لم يعلم الشفيع بما يوجب الشفعة له خلال غيبته:**

اختلف الفقهاء في بقاء حق الشفعة للغائب إذا لم يعلم بخبر البيع على قولين:

القول الأول: يبقى الغائب على شفعته وإن طالت غيبته، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) والظاهرية(٥).

---

(١) الحجة للشيباني: ٣/ ٨١ ـ ٨٢. الجوهرة النيرة: ١/ ٢٧٦. الهداية للمرغيناني: ٤/ ٢٦. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٦/ ٢٢٤. فتاوى السعدي: ١/ ٥٠١، ٢/ ٨٩١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٨٥. كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ٢/ ٣٢٨. المدونة الكبرى: ٤/ ٢٢٩. وينظر: الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٥٤٩. وقد فرق المالكية في بعض أقوالهم بين الغيبة القريبة والبعيدة، وذهبوا إلى عدم انقطاع الشفعة في الغيبة البعيدة فقط، أما إذا كانت غيبة الشفيع قريبة ولا كلفة فيها، فيعد الغائب كالحاضر، ويمهل سنة، فإن لم يطلبها سقطت ولا شفعة له. ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١٧٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٥٢. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٤٤١.

(٣) الأم للشافعي: ٤/ ٣، ٨/ ٢١٩. وينظر: حاشية الجمل: ٣/ ٥١١. حاشية البجيرمي: ٣/ ١٨٧. المهذب للشيرازي: ١/ ٣٨٢.

(٤) مختصر الخرقي: ٧٥. وينظر: المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٤١ ـ ١٤٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢٦٣.

(٥) المحلى لابن حزم: ٨/ ٢٢.

القول الثاني: ليس للغائب شفعة إذا كان بعيد الغيبة، وهذا ما ذهب إليه النخعي(١) والحارث العكلي(٢) وعثمان البتي(٣).

الأدلـــة:

أدلة القول الأول: استدل الجمهور لبقاء الشفعة للغائب إن لم يعلم بما يوجب الشفعة في غيبته، بالسنة والمعقول والقياس:

أ- من السنة: وفيها أحاديث عديدة منها: «أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم». وقد جاء في روايات أخرى قوله ﷺ: **«فشريكه أحق به حتى يؤذنه»**(٤).

وجه الاستدلال: العموم في قضائه بالشفعة في كل شركة، وفي تقريره

---

(١) **النخعي:** الإمام الحافظ، فقيه العراق، أبو عمران، إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أحد الأعلام، كوفي ثقة، كان مفتي الكوفة هو والشعبي في زمانهما، وكان رجلاً صالحاً فقيهاً قليل التكلف، مات وهو مختف من الحجاج سنة ٩٦هـ. معرفة الثقات للعجلي: ١/ ٢٠٩. طبقات الحفاظ للسيوطي: ٣٦.

(٢) **العكلي:** الحارث بن يزيد العكلي التيمي الكوفي، روى عن أبي زرعة بن عمرو، والشعبي، وإبراهيم النخعي، كان فقيهاً من أصحاب إبراهيم من عليتهم، وكان ثقة في الحديث قديم الموت لم يرو عنه إلا الشيوخ. معرفة الثقات للعجلي: ١/ ٢٧٩. الثقات لابن حبان: ٦/ ١٧٠. تهذيب الكمال للمزي: ٥/ ٣٠٩.

(٣) المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠. المحلى لابن حزم: ٨/ ٢٢.

عثمان البتي: فقيه البصرة أبو عمرو، اسم أبيه مسلم، وقيل: أسلم، وقيل: سليمان، أصله من الكوفة، حدث عن أنس بن مالك والشعبي، وحدث عنه شعبة وسفيان وهشيم وغيرهم، وثقه أحمد والدارقطني وابن سعد وابن معين، كان صاحب رأي وفقه. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٦/ ١٤٨. تهذيب الكمال للمزي: ١٩/ ٤٩٤.

(٤) مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث: ١٦٠٨.

الحق للشريك، والعموم هنا وفي سائر الأحاديث يتناول الحاضر والغائب[١]، وليس ثمة مخصص مما يقتضي العمل بهذا العموم.

ب ـ من المعقول: وفيه وجهان:

١ـ إن السبب المثبت لحق الشفعة قائم وإن كان الشفيع غائباً، ولا تأثير للغيبة في إسقاط حقٍ تقرر سببه، فإذا حضر الغائب وعلم به كان على شفعته؛ لأن الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بإسقاطه والرضا بسقوطه صراحة أو دلالة، وبترك الطلب لعدم العلم به بسبب الغياب لا يتحقق هذا المعنى؛ لانعدام تمكنه من الطلب[٢].

٢ـ إن القول بسقوط الشفعة لغياب الشفيع فيه إيذاء وإضرار بالشريك أو الجار[٣]، والضرر والإضرار منهي عنه بنص الحديث: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٤].

ج ـ من القياس:

١ـ القياس على الإرث، فكما أن الغائب يثبت له حق الإرث، فكذا يثبت له حق الشفعة، بجامع أن الشفعة والإرث حقان ماليان[٥].

---

(١) ينظر: المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠. المحلى لابن حزم: ٨/ ٢٢. شرح النووي على صحيح مسلم: ١١/ ٤٥ ـ ٤٦.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٤/ ٩١.

(٣) وهذا على قول الحنفية الذين قالوا بثبوت الشفعة للجار. ينظر: المبسوط للسرخسي: ١٤/ ٩١. الهداية للمرغيناني: ٤/ ٢٤.

(٤) أخرجه ابن ماجة في السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث: ٢٣٤٠. وقد سلف تخريجه ص: ١٥٢.

(٥) المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠.

٢ـ القياس على الحاضر الذي كتم عنه أمر البيع، فالشفعة تثبت للشفيع الحاضر والغائب غيبة قريبة إذا كتم عنه خبر البيع، فكذا الحكم فيمن كانت غيبته بعيدة بجامع عدم العلم بخبر البيع[١].

٣ـ القياس على الرد بالعيب، فهذا الخيار ثبت لإزالة الضرر عن المال، ومضي الزمان قبل العلم به لا يسقطه فكذا حق الشفعة يثبت لإزالة الضرر عن مال الشفيع، ولا أثر لتراخي الزمان في إسقاط هذا الحق قبل علم الشفيع به[٢].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بسقوط شفعة الغائب وإن لم يعلم بالسنة والقياس:

أ ـ من السنة: استدلوا بقوله ﷺ: **«لا شفعة لغائب ولا لصغير، والشفعة كحل العقال»**[٣].

وجه الدلالة: ظاهر في قوله ﷺ: **«لا شفعة لغائب»**. حيث لم يفرق بين غائب علم بما يوجب الشفعة، وغائب لم يعلم بها.

ب ـ من القياس: حيث قاسوا سقوط شفعة الغائب على سقوط شفعة الحاضر عند التراخي دفعاً للضرر، حيث إن ثبوت الشفعة للغائب يضر

---

(١) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٤٧٧.

(٢) المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩١.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة، حديث: ٢٥٠١، بلفظ: **«لا شفعة لشريك على شريك إذا سبقه بالشراء ولا لصغير ولا لغائب»**، وحديث، رقم: ٢٥٠٠ بلفظ: **«الشفعة كحل العقال»**، وأخرجه البيهقي في السنن، كتاب الشفعة، باب ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، حديث: ١١٣٦٧. وفي إسناده ابن البيلماني، وهو ضعيف لا يحتج به. ينظر: مصباح الزجاجة للكناني: ٣/ ٩١.

بالمشتري؛ لأنه يمنع من استقرار ملكه من خلال منعه من التصرف فيما اشتراه حسبما يراه خوفاً من أخذه منه، ودفع هذا الضرر أوجب عدم ثبوت الشفعة للغائب، كما لم تثبت للحاضر عند التراخي بجامع العلة ذاتها[١].

المناقشة والرأي المختار:

لم يتعرض أصحاب القول الثاني بالمناقشة لأدلة الجمهور، أما أدلة القول الثاني فقد وردت عليها الاعتراضات الآتية:

١ ـ أما حديث نفي شفعة الغائب فقد نوقش من ناحيتين:

أ ـ من ناحية السند: ضعف الحافظ ابن حجر ـ رحمه الله ـ هذا الحديث وقال: «إن اسناده ضعيف جداً»[٢]، وقد جاء في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني[٣] عن أبيه[٤]، وقد حدث عبد الرحمن عن أبيه نسخة كلها موضوعة لا يجوز الاحتجاج بها[٥]، وقد حكم كثير من العلماء بضعف هذا الحديث،

(١) المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠.

(٢) التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني: ٣/ ٥٣.

(٣) **محمد بن عبد الرحمن البيلماني**: كوفي نحوي، روى عن أبيه، روى عنه الثوري، ضعفه علماء الحديث، فقالوا: هو منكر الحديث، ضعيف الحديث، مضطرب الحديث، ويقول يحيى بن معين: محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني ليس بشيء، كان الحميدي يتكلم فيه، وله نسخة فيها مناكير. ضعفاء العقيلي: ٤/ ١٠١. الجرح والتعديل للرازي: ٧/ ٣١١.

(٤) **عبد الرحمن البيلماني**: مولى عمر تابعي مشهور، قال أبو حاتم: لين، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال الدارقطني: ضعيف لا تقوم به حجة روى عنه زيد بن أسلم وسماك ابن الفضل وربيعة وابنه محمد بن عبد الرحمن، وقيل كان من كبار الشعراء. لسان الميزان لابن حجر: ٧/ ٢٧٧. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٤/ ٢٦٤.

(٥) مصباح الزجاجة للكناني: ٣/ ٩٢.

فقال البيهقي(١): «ليس بثابت»، بل ساقه تحت باب أفرده لرواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة(٢)، وقال ابن حبان(٣): «لا أصل له»، وقال أبو زرعة(٤): «منكر»، وفي معناه أحاديث كلها لا أصل لها(٥).

ومثل هذا الحديث لا تقوم به حجة، ولا يصح الاحتجاج به في مواجهة الأحاديث الثابتة الصحيحة الدالة على ثبوت الشفعة للغائب.

ب ـ من ناحية الاستدلال: هذا الحديث واضح الدلالة في نفي الشفعة مطلقاً، فهو ينفي الشفعة عن بعيد الغيبة كما ينفيها عن قريبها، وأصحاب القول الثاني لا يقولون بسقوط شفعة من كانت غيبته قريبة، مع أن الحديث يدل على خلاف ذلك، وهذا ينفي صحة احتجاجهم به.

---

(١) **البيهقي**: أحمد بن الحسين بن علي، البيهقي، نسبة إلى بيهق، وهي بنواحي نيسابور، ولد سنة ٣٨٤هـ، فقيه شافعي، حافظ كبير، أصولي، وهو أوّل من جمع نصوص الإمام الشافعي. من مؤلفاته: السنن الكبرى، شعب الإيمان، كتاب الخلاف، توفي سنة ٤٥٨هـ. طبقات الشافعية للحسيني: ٥٩. تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: ٣/ ١١٣٢.

(٢) سنن البيهقي: ٦/ ١٠٨.

(٣) **أبو زرعة الدمشقي**: عبد الرحمن بن عمرو بن عبدالله، حافظ عالم بالرجال، محدث الشام، ولد قبل المائتين كان أبو زرعة الدمشقي ثقة صدوقاً، روى عن الإمام أحمد، وروى له أبو داود في سننه، من مؤلفاته: التاريخ وعلل الرجال، توفي بدمشق سنة ٢٨٠هـ. مرجع العلوم الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي: ٢٥٢. سير أعلام النبلاء: ١٣/ ٣١٢.

(٤) **ابن حبّان**: محمد بن حبّان، أبو حاتم البستي، ولد في بِست في سجستان، محدث، فقيه شافعي، مؤرخ، جغرافي، ثقة، من كتبه: المسند الصحيح، يقال إنه أصح منسنن ابن ماجة، وله أيضاً: غرائب الأخبار، والثقات، توفي ببست سنة ٢٤٥هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ٤/ ٣١٦ ـ ٣١٧. الأعلام للزركلي: ٦/ ٧٨.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني: ٥/ ٤٠٢. سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٧٦.

٢ ـ وأما القياس على سقوط شفعة الحاضر، فيمكن أن يعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، إذ كيف يقاس علم الحاضر بخبر البيع وتراخيه في طلب الشفعة على عدم علم الغائب؟

ثم إن الحاضر على شفعته إذا لم يعلم بموجب الشفعة، وهي ثابتة ولو طال الزمان، فالغائب مثله. ويحول دون صحة هذا القياس أمران، الأول أنه جاء في مقابلة عموم نصوص الشفعة الواردة عن رسول الله ﷺ التي استدل الجمهور بها، والثاني أنه معارض بالضرر الذي يلحق الغائب.

من خلال ما تقدم أصل إلى اختيار القول الأول الذي ذهب الجمهور فيه إلى بقاء الشفعة للغائب، إذا لم يعلم بما يوجب الشفعة لقوة أدلتهم؛ ولأن هذا القول يحقق الحكمة من تشريع الشفعة ويغلق باب التحايل في إسقاطها بإجراء عقد البيع في غياب الشفيع، أما تضرر المشتري نتيجة مطالبة الشفيع حال عودته وعلمه بالبيع فيندفع بإيجاب تعويضه بالقيمة.

* * *

*** المطلب الثاني ـ حكم الشفعة للغائب إذا علم الشفيع بما يوجب الشفعة له خلال غيبته:**

اختلف الفقهاء في استمرار الشفعة للغائب إذا علم بما يوجب الشفعة أثناء غيابه على قولين:

القول الأول: يعد الغائب حال علمه بما يوجب الشفعة كالحاضر، فإذا طالب بالشفعة في الوقت المقرر لها ثبت حق الشفعة له، وإلا فلا حق له، وهذا

قول الحنفية[١]، والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

وثمة تفصيلات في كل مذهب تتعلق بهذه المسألة، أجد من المفيد أن أذكر خلاصتها فيما يأتي:

١ ـ **الحنفية**: نص الحنفية على أن الغائب إذا علم بالشفعة صار بحكم الحاضر في الطلب والإشهاد، أي إن ثبوت الشفعة له يقتضي أن يطلب الشفعة فور علمه بالبيع لقدرته على الطلب الذي يتأكد به الحق، والإشهاد الذي يتوثق به الطلب، فإن علم بالبيع وسكت فلم يطلب مع قدرته على ذلك بطل حق الشفعة. ولا يشترط الحنفية الإشهاد لصحة الطلب، ويعد توكيل الغائب غيره بالمطالبة بشفعته بحكم طلبه؛ لأن التوكيل فيه طلب وزيادة، ويعطى الغائب عندهم مدة يمكنه أن يحضر خلالها إلى حيث البائع أو المشتري أو المبيع الذي وجبت الشفعة فيه[٤].

٢ ـ **الشافعية**: فرق الشافعية في حكم استمرار الشفعة للغائب العالم بوجوب الشفعة له بين قدرته على الطلب والقدوم، وبين عجزه عن ذلك.

فإن كان قادراً على الطلب والقدوم وخرج طالباً الشفعة فهو على شفعته، وإن ترك الخروج دون عذر سقطت شفعته.

---

(١) الحجة للشيباني: ٣/ ٨١ ـ ٨٢. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٥٣. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٢٧٦. فتاوى السغدي: ١/ ٥٠١.

(٢) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤. نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٢١٦.

(٣) ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٤١ ـ ١٤٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢٦١ ـ ٢٦٣. المغني لابن قدامة: ٥/ ١٩٠ ـ ١٩١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ١١٠.

(٤) ينظر بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ١٧ ـ ١٨. تكملة فتح القدير لقاضي زادة: ٩/ ٣٨٣.

أما إن عجز عن الطلب والقدوم، فإما أن يكون قادراً على التوكيل، أو أن يكون عاجزاً عنه ولكنه قادر على الإشهاد، أو أن يعجز عن التوكيل والإشهاد معاً.

فإن كان عاجزاً عن الطلب قادراً على التوكيل، فهل يجب عليه فعل ذلك لاستمرار شفعته؟ تعددت الأقوال عند الشافعية في ذلك فذهبوا في الأول إلى أنه ينبغي عليه أن يوكل وهو الأصح، والثاني: لا، والثالث: إن لم يلحقه في التوكيل منَّة ولا مؤنة، فيجب عليه أن يوكل، وإذا وجب التوكيل سقطت شفعته إن لم يفعل.

أما إذا كان الغائب عاجزاً عن التوكيل، غير أنه قادر على الإشهاد، فهل يجب عليه أن يشهد لاستمرار شفعته؟ قولان عند الشافعية الأول: يجب. والثاني: لا. وأما إن كان عاجزاً عن التوكيل والإشهاد، فإن الغائب باق على شفعته وإن تقادم الزمان به، ولا يتعين التوكيل عند الشافعية طريقاً لإثبات الشفعة للغائب إذ يمكنه أن يرفع أمره إلى قاضي بلد الغيبة ليثبت الشفعة ويحكم بها، فالغائب مخير بين التوكيل وبين الرفع إلى الحاكم[1].

٣ ـ **الحنابلة**: فصل الحنابلة كثيراً في هذه المسألة، وخلاصة أقوالهم أن الشفيع الغائب إذا علم بالشفعة فينبغي عليه لاستمرار شفعته أن يقوم بما يدل على طلبه الشفعة، وذلك بالإشهاد إن كان قادراً عزم على العودة من أجل الطلب أم أقام، فإن لم يشهد أو أخر الإشهاد سقطت شفعته إلا أن يحول بينه وبين المبادرة إلى الإشهاد عذر، وفي تأخير عودته بعد الإشهاد قولان: الأول تسقط شفعته، والثاني تستمر، فإن عجز عن العودة وأمكنه التوكيل ولم يفعل، تسقط شفعته في قول، وتستمر في الثاني ويكتفى بالإشهاد.

---

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤. نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٢١٦. روضة الطالبين للنووي: ٤/ ١٨٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٥١.

ولا خلاف عندهم في بقاء الشفعة للغائب إن عجز عن العودة لضرر يلحقه إذا عاد؛ لأنه معذور فأشبه من لم يعلم، فإذا عجز عن الإشهاد وقدر على التوكيل أو العودة فلم يفعل، بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الشفعة مع تمكنه من غير عذر(١).

القول الثاني: تستمر الشفعة للغائب، وإن طالت غيبته وعلم بخبر البيع الذي أوجبها له، وهذا قول المالكية(٢) والظاهرية(٣).

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل الجمهور لقولهم بسقوط شفعة الغائب إذا علم بها ولم يطلبها بالسنة والمعقول.

١ ـ السنة: فقد احتجوا بالحديثين الآتيين:

أ ـ ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إنما الشفعة كنشط عقال، إن قيد مكانه ثبت وإلا ذهب**»(٤). وجاء في روايات أخرى: «**الشفعة كحَلِّ العقال**»(٥).

---

(١) ينظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ٤٧٨. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ١٤٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢٦١ ـ ٢٦٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٨٥. منح الجليل لعليش: ٧/ ٢١٦. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ٣٢٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٥٢.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ١٤ ـ ١٥.

(٤) هذه الرواية لم ترد بهذا اللفظ إلا في كتب الحنفية، ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ١٧. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٥/ ٢٤٣. يقول ابن حجر: «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب»، وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ: (الشفعة كحل العقال، فإن قيدها مكانها ثبت حقه وإلا فاللوم عليه). وهذا اللفظ غير مثبت في المحلى ينظر: التلخيص الحبير لابن حجر: ٣/ ٥٦ ـ ٥٧. نيل الأوطار للشوكاني: ٥/ ٤٢. خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري: ٢/ ١٠٢.

(٥) أخرجه ابن ماجة في السنن، كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة حديث: ٢٥٠٠. =

وجه الدلالة: إن قوله ﷺ: **«الشفعة كحل العقال»**. يفيد فوات الشفعة إن ترك المبادرة إليها كما يفوت البعير ويذهب إذا حل عقاله ولم يؤخذ من ساعته[1]، فإذا علم الشفيع بالشفعة فعليه أن يطلبها فور علمه بالمبيع.

ب ـ ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«الشفعة لمن واثبها»**[2].

وجه الدلالة: إن قوله ﷺ: **«لمن واثبها»**. أي: لمن طلب الشفعة فوراً على وجه السرعة من غير تأخير ولا سكوت ساعة علمه بها، دون تفريق بين حاضر وغائب[3].

= والبيهقي في السنن، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة ذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، حديث: ١١٣٦٨. وهذا الحديث إسناده ضعيف كما ذكر علماء الحديث، ففي إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني الذي قيل فيه: إن كل ما يرويه فالبلاء فيه منه. ينظر: مصباح الزجاجة للكناني: ٣/ ٩١. المجروحين للبستي: ٢/ ٢٦٦. ميزان الاعتدال للذهبي: ٦/ ٢٢٦. علل ابن أبي حاتم: ١/ ٤٧٩.

(١) ينظر: شرح سنن ابن ماجة للسيوطي: ١٨٠. طلبة الطلبة للنسفي: ١٢٠. المغرب للمطرزي: ١٢٥. حاشية العبادي والشرواني: ٥/ ٢١٥..

(٢) أخرج هذا الحديث عبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها، رقم: ١٤٤٠٦. موقوفاً على شريح، ولفظه: (إنما الشفعة لمن واثبها). يقول ابن حجر ـ رحمه الله ـ «لم أجد هذا الحديث، إنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح، وفي المعنى ما أخرجه ابن ماجة وإسناده ضعيف». الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ٢٠٣. وينظر: خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري: ٢/ ١٢. نصب الراية للزيلعي: ٥/ ٤٧٦. نيل الأوطار للشوكاني: ٥/ ٤٠٢. وقوله ﷺ: واثبها: أي وثب وطلب عندما سمع، ومنها أخذ الفقهاء طلب المواثبة وهو المبادرة إلى طلب الشفعة، وسمي كذلك تبركاً بلفظه ﷺ. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٦/ ٢٢٤. طلبة الطلبة للنسفي: ١٢٠. المغرب للمطرزي: ٤٧٦.

(٣) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٨/ ١٤٦. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٤٣. المغرب للمطرزي: ٤٧٦.

٢ ـ **أما من المعقول** فقالوا: إن الشفعة حق ضعيف متزلزل؛ لأنه ثبت على خلاف القياس، فالأخذ بالشفعة ما هو إلا تملك مال معصوم دون إذن مالكه خوفاً من ضرر محتمل الوجود أو العدم، فلا يستقر إلا بالمبادرة إلى طلبه[١].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني لاستمرار الشفعة للغائب وإن علم بما يوجبها في غيابه بالسنة والآثار والمعقول:

١ ـ **من السنة**: استدل ابن رشد لهذا القول بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«الجار أحق بصقبه»**[٢]. وجاء في رواية أخرى أنه قال: **«الجار أحق بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً»**[٣].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ١٧. حاشية ابن عابدين: ٦/ ٢١٩، ٢٢٤. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٤٢. الهداية للمرغيناني: ٤/ ٢٦. تكملة البحر الرائق للطواري: ٨/ ٥٤.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة، حديث: ٦٩٧٨. وباب احتيال العامل ليهدى له، حديث: ٦٩٨٠، وهذا اللفظ جزء من حديث أطول. وأخرجه في كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، حديث: ٢٢٥٥٨، وفي حديث أطول أيضاً بلفظ: (**الجار أحق بسقبه**).

والصقب والسقب: القرب والملاصقة، ينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير: مادتي: سقب وصقب.

(٣) أخرجه الترمذي في السنن، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب، حديث: ١٣٦٩. وقال أبو عيسى: «هذا حديث غريب». أبو داود، كتاب البيوع، باب الشفعة، حديث: ٣٥١٨. وابن ماجة، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، حديث: ٢٤٩٤. والبيهقي في السنن، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، حديث: ١١٣٦٢. وأحمد في مسنده: ٣/ ٣٠٣. والطيالسي مسنده، حديث: ١٦٧٧. وهو في كتب السنة السابقة بلفظ: (ينتظر بها وإن كان غائباً).

وجه الدلالة: إن رسول الله ﷺ جعل الشفعة للجار مطلقاً في الرواية الأولى، وهذا يشمل الغائب والحاضر، وجعلها للغائب مطلقاً في الثانية، ولم يفرق بين غائب عالم بالبيع وآخر غير عالم، كما أنه لم يقيده بمدة أيضاً.

١ ـ من الأثر:

وقد جاء فيه أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قضى بالشفعة بعد بضع عشرة سنة(١).

وجه الدلالة: قضاء عمر رضي الله عنه بالشفعة لمن غاب سنين كثيرة سواء علم بالشفعة أم لم يعلم.

٢ ـ من المعقول: وفيه وجهان:

أ ـ إن غياب الشفيع يعيق الأخذ بالشفعة مما يوجب عذر الغائب، خلافاً للحاضر إذا علم بها لتمكنه من الطلب، فلا عذر له(٢).

ب ـ إن حق الشفيع واجب بعد البيع بإيجاب الله تعالى على لسان رسوله ﷺ إذا لم يؤذن قبل البيع، وكل حق ثبت بإيجاب الله تعالى ورسوله فلا يصار إلى إسقاطه وإن كان صاحبه غائباً، إلا أن يرد نص على سقوطه(٣).

المناقشة والرأي المختار:

١ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

أ ـ الحديث الأول: وفيه قوله ﷺ: «**إنما الشفعة كنشط عقال. .**». اعترض

---

(١) أورد هذا الأثر ابن حزم في المحلى: ٨/ ١٦. وقد أخرج هذا الأثر ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب في الشفعة تكون للغائب أم لا، رقم: ٢١٢٩٩. وجاء فيه الإخبار عن قضاء عمر بن عبد العزيز بالشفعة بعد عشر سنين.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ١٩٨.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ١٦ ـ ١٧.

ابن حزم على استدلال الجمهور بهذا الحديث من جهة السند والاستدلال.

أما السند فضعيف؛ لأن أحد رواته ابن البيلماني، وهو ضعيف مطرح ومتفق على تركه.

وأما من جهة الاستدلال، فقد روي هذا الحديث من طريق البزار[١] بإسناده عن عبدالله بن عمر[٢] عن النبي ﷺ قال: «**لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى الله ورسوله، والناس على شروطهم ما وافقوا الحق**». وعجب من احتجاج الجمهور ببعض الحديث وتركهم بعضه، إذ كيف يكون بعض الخبر حقاً وبعضه باطل؟![٣].

ويزيل هذا الاعتراض، ما أورده ابن القطان[٤] على رواية ابن حزم السابقة، فقد أدرج في حديث الشفعة زيادة ليست عند البزار الذي أورد حديث

---

(١) **البزار**: أحمد بن عمرو بن عبد الخالق، أبو بكر، بصري، ولد سنة ٢١٠هـ ونيف، من حفاظ الحديث، حدث بأصبهان وبغداد والشام، قالوا فيه: ثقة غير أنه يخطىء في الإسناد والمتن ويتكل على حفظه، له مسندان كبير وصغير، توفي بالرملة سنه ٢٩٢هـ. الأعلام للزركلي: ١/ ١٨٩. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٣/ ٥٥٦.

(٢) **عبدالله بن عمر بن الخطاب**: (١٠ق.هـ - ٧٣هـ)، العدوي، أبو عبد الرحمن، صحابي نشأ في الإسلام وهاجر إلى المدينة مع أبيه وشهد فتح مكة ومولده ووفاته فيها، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، ولما قتل عثمان عرض عليه نفر أن يبايعوه فأبى، شارك في غزو أفريقية، وكف بصره في آخر عمره، له في كتب الحديث: (٢٦٣٠) حديثاً. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٣/ ٢٠٣. تقريب التهذيب لابن حجر: ١/ ٣٠٣. الأعلام للزركلي: ٤/ ١٠٨.

(٣) المحلى لابن حزم: ٨/ ١٧ - ١٨.

(٤) **ابن القطّان**: أحمد بن سنان بن أسد، الواسطي، أبو جعفر، من علماء الحديث، حافظ، حافظ، روى عنه أصحاب الكتب الستّة إلا الترمذي، له مسند، توفي بواسط سنة ست ويقال سنة ثمان ويقال سنة تسع وخمسين ومائتين هجرية. الأعلام للزركلي: ١/ ١٣٣. التقييد للبغدادي: ١٤٠.

العبد بالإسناد الذي ذكره ابن حزم حديثاً مستقلاً، وأورد أمر الشروط حديثاً آخر، ويُظن أن ابن حزم لما وجد ذلك كله بإسناد واحد لفقه حديثاً واحداً وأخذ يشنع على من خالفه لأخذهم ببعض ما روي بهذا الإسناد وتركهم بعضه[1].

وثمة اعتراض آخر أورده ابن حزم على استدلال الجمهور بهذا الحديث، حيث فسر قوله: ﷺ **«الشفعة كنشطة عقال»**. بأن نشط العقال هو حل العقال، وكذلك الشفعة؛ لأنها حل ملك المشتري وإيابه لغيره.

ب ـ الحديث الثاني: وهو قوله ﷺ: **«الشفعة لمن واثبها»**. نوقش هذا الحديث من جهة السند والاستدلال أيضاً:

أما من جهة السند فالانتقاد الذي وجهه العلماء لهذا الحديث أنه لم يرو في الكتب الحديثية ولم يرد إلا عند الفقهاء في كتبهم[2]، وهذا ما أكده ابن حجر عندما قال: «لم أجد هذا الحديث إنما ذكره عبد الرزاق[3] من قول شريح»[4].

وأما من جهة الاستدلال، فقد وصف ابن حزم لفظ: **(لمن واثبها)** بالفساد، ورأى أن مثل هذا اللفظ لا يجوز أن يضاف إلى رسول الله ﷺ؛ لأن قول القائل: الشفعة لمن واثبها، يقتضي أن يُلزم الشفيع بطلب الشفعة مع البيع

---

(١) نصب الراية للزيلعي: ٥/ ٤٢٧.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٤١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٣٧. المغني لابن قدامة: ٥/ ١٨٧.

(٣) **عبد الرزاق**: عبد الرزاق بن همام الصنعاني، أبو بكر، ولد بصنعاء سنة ١٢٦هـ، حافظ مفسر، روي عن بعض التابعين كمالك وسفيان الثوري، من كتبه: المصنف، الجامع الكبير، وكلاهما في الحديث، توفي بصنعاء سنة ٢١١هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٩/ ٥٦٣.

(٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٠٢.

لا بعده؛ لأن المواثبة فعل من فاعلين، مما يوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده، إذ لا يسمى التأني في الوثب مواثبة[1]، وهذا ينفي صحة الاستدلال به.

٢ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

أ ـ اعترض الجمهور على استدلال أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: «**الجار أحق بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً**»؛ لضعف هذا الحديث من جهة السند، فلم يرو إلا من طريق عبد الملك بن أبي سليمان[2]، وقد تكلم شعبة[3] في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وهذا الحديث منكر عند كثير من أهل الحديث، كالإمام أحمد وابن القطان[4]، بل قال كثير من علماء الحديث: «لو جاء عبد الملك بآخر مثله ترك حديثه»[5]، وقيل أيضاً بأنه رأي عطاء أدرجه

---

(١) المحلى لابن حزم: ٨/ ١٨.

(٢) **عبد الملك بن أبي سليمان**: عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي، واسم أبي سليمان ميسرة، كوفي من الثقات المشهورين، روى عن أنس وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وغيرهم، وروى عنه الثوري وشعبة ويزيد بن هارون، وقد وثقه الناس إلا إن شعبة تكلم فيه لتفرده عن عطاء بخبر الشفعة للجار. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٤/ ٤٠٠. الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي: ٢/ ١٥٠.

(٣) **شعبة**: شعبة بن الحجاج بن الورد الحجة الحافظ شيخ الإسلام، أبو بسطام، نزيل البصرة ومحدثها، ولد سنة ٨٣هـ، قال بن المديني له نحو ألفي حديث، وكان الثوري يقول: شعبة أمير المؤمنين في الحديث، وقال الشافعي: لولا شعبة لما عرف الحديث بالعراق. تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: ١/ ١٩٣. تاريخ مولد العلماء ووفياتهم للربعي: ١/ ٥٧.

(٤) ينظر: سنن الترمذي: ٣/ ٦٥٢. تحفة الأحوذي للمباركفوري: ٤/ ٥٠٩. فيض القدير للمناوي: ٣/ ٤٥٣. شرح الزرقاني: ٣/ ٤٧٧.

(٥) التمهيد لابن عبد البر: ٧/ ٤٨. الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي: ٢/ ١٥٠.

عبد الملك[١]، وقيل غير ذلك. إلا أن الزيلعي[٢] رد تضعيف الأئمة لهذا الحديث، وقال بصحته، ورأى أن طعن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه؛ لأنه ثقة، وانتقد شعبة بأنه لم يكن من الحذاق حتى يجمع ما بين الروايات المتعارضة، إنما كان حافظاً، وأجاب عن طعن بقية الأئمة فيه بأنهم تبعوا شعبة في ذلك، وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه، واستشهد به البخاري، إلا أنهما لم يخرجا حديثه، ولعل ذلك يعود لتفرده به وإنكار الأئمة عليه[٣].

ب ـ يجاب عن استدلالهم بقضاء عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه بالشفعة بعد بضع عشرة سنة، بأن هذا الأثر يحتمل أن يكون عمر قضى بالشفعة للشفيع الذي لم يعلم باستحقاقه الشفعة، كما يحتمل أنه قضى لمن علم، والدليل إذا طرقه الاحتمال بطل به الاستدلال.

ج ـ أما المعقول الذي ذهبوا فيه إلى عدم سقوط الشفعة؛ لأن الغياب يعيق الأخذ بالشفعة، فيجب أن يعذر لذلك، فيرد عليه أن الجمهور يقولون بعدم سقوط الشفعة إذا ترك طلب الشفعة لعذر[٤]، إنما الخلاف في تركه لعدم العذر.

---

(١) الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/ ٢٠٢. وينظر: الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي: ٥/ ٣٠٢.

(٢) **الزيلعي**: الإمام الفاضل المحدث، جمال الدين، أبو محمد، عبدالله بن يوسف الحنفي، اشتغل كثيراً، وأخذ عن الفخر الزيلعي شارح الكنز، وابن عقيل وغير واحد، ولازم مطالعة كتب الحديث إلى أن خرّج أحاديث الهداية وأحاديث الكشّاف، واستوعب ذلك استيعاباً بالغاً، مات الزيلعي في محرم سنة اثنتين وسبعمائة. طبقات الحفاظ للسيوطي: ٥٣٥.

(٣) نصب الراية للزيلعي: ٥/ ٤٢١. وينظر: سبل السلام للصنعاني: ٣/ ٧٥.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٩٣. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ١٤٢ ـ ١٤٣.

ثم إن الجمهور لا يشترطون لبقاء الشفعة للغائب أن يأخذها في غيابه؛ لأن أخذها قد يتعذر عليه، ولكنهم يشترطون عليه القيام بما ينوب عن الأخذ ويدل على عدم تنازله عن هذا الحق، كأن يطلبها ويشهد على ذلك.

أما اشتراطهم ورود نص يسقط حق الشفعة الذي أوجبه الله تعالى، فيجاب عنه بأن صاحب الحق هو الذي أسقط حقه بعدم الطلب، ولا خلاف في أن الشفيع يملك إسقاط حقه.

الرأي المختار:

من خلال ما تقدم يلاحظ أن أدلة الفريقين لم تسلم من الانتقاد، إلا أنه ترجح لدي اختيار قول الجمهور القائلين بسقوط شفعة الغائب إذا علم بها خلال غيبته وترك طلبها دون عذر؛ لأن حق الشفعة وجب بإيجاب الله تعالى لرفع ضرر متوقع، وترك صاحب الحق ما وجب له، وتراخيه في طلبه دون عذر يعد قرينة دالة على إسقاط حقه بالشفعة وتنازله عنه، فعلمه بوجوب الشفعة له وهو غائب يجعله بحكم الحاضر من حيث إبداء رغبته بطلب الشفعة، وهذا القول لا يتعارض مع ما جاء في الحديث الصحيح أن الجار أحق بصقبه، ولا يتعارض أيضاً مع الرواية الأخرى التي جاء فيها: **(الجار أحق بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً)**؛ فلعل المقصود هنا أن الانتظار واجب حتى يعلم بها في غيبته، أو حتى يعود بعد أن عَلِمَهَا في غيبته وطلبها.

□ □ □

الباب الثاني

أَحكامُ المفقُودِ في الفِقهِ الإِسلاميِّ

الباب الثاني
أحكام المفقود في الفقه الإسلامي

* تمهيد:

بحثت في الباب الأول من هذه الرسالة الأحكام المتعلقة بالغائب، ولم أتعرض للأحكام الخاصة بالمفقود؛ ولذلك سأفرد الباب الآتي لبحث تلك الأحكام.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن الجامع المشترك بين الغائب والمفقود أنتج العديد من الأحكام المشتركة، وإتماماً للفائدة سأتطرق إلى ذكرها قبل البدء بدراسة الأحكام المتعلقة بالمفقود.

الجامع المشترك في الأحكام بين الغائب والمفقود:

يشترك المفقود مع الغائب في العديد من الأحكام من جهة كونه غائباً، لا من جهة انقطاع خبره والجهل بحياته وموته، وأهم تلك الأحكام تظهر فيما يأتي:

١ ـ **القضاء:** يشترك المفقود مع الغائب في حكم القضاء له وعليه، وليس ثمة فارق بين الغائب والمفقود في مسألة القضاء عليه أو الادعاء عنه إلا ما جاء عند ابن نجيم ـ رحمه الله تعالى ـ من الحنفية من تخصيص القول بنفاذ القضاء على الغائب، بالحكم على المفقود دون غيره من الغائبين[1].

٢ ـ **انتقال ولاية النكاح:** حيث تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد فإن لم يكن فإلى السلطان في حال غياب الولي الأقرب وتعذر الإطلاع على

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧ ـ ١٨.

رأيه والتزويج بنظره، وهذا واضح في حالة المفقود؛ لأنه غائب وزيادة، فالإطلاع على رأيه متعذر، وكذلك فإن التزويج بنظره غير ممكن.

٣ ـ **التفريق لعدم الإنفاق:** يشترك المفقود مع الغائب في حكم التفريق لعدم الإنفاق، فمن ذهب إلى فسخ النكاح بين الغائب وزوجته لعدم إنفاقه لم يفرق بين من كانت غيبته منقطعة أو غير منقطعة؛ ذلك أن جواز الفسخ معلق بالضرر الواقع على الزوجة وتعذر الحصول على النفقة، ولا فرق في ذلك بين من كانت حياته معلومة وغيبته قريبة، وبين من كانت حياته مجهولة وغيبته منقطعة.

وكذلك فإن أكثر من منع فسخ النكاح لعدم الإنفاق لم يفرق بين حاضر وغائب، وسواء أكان الغائب معلوم المكان والحياة أم لم يكن، إلا ما جاء عند الشافعية في بعض أقوالهم فقد اشترطوا لعدم الفسخ أن يكون الزوج الغائب معلوم المكان، فإذا انقطع خبره، ولم يعرف موضعه، جاز الفسخ[1].

٤ ـ **التصرف بأمواله:** ليس ثمة فروق تذكر في أحكام التصرف بالمال وإدارته بين الغائب والمفقود قبل الحكم بموته، سوى أن مجال التصرف في مال المفقود بقصد حفظه أوسع قليلاً منها في مال الغائب.

٥ ـ **الأحكام المتعلقة بالنفقة:** تنطبق أحكام نفقة زوجة الغائب وأقاربه على زوجة المفقود وأقاربه، وليس هناك اختلاف جوهري بين الغائب والمفقود في الأحكام المتعلقة بالنفقة، إلا ما جاء عند الشافعية في طريقة إبلاغ الزوج بأن زوجته تريد تسليم نفسها إليه، أو إعلامه بأنها عادت إلى طاعته

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧.

بعد نشوزها، فإبلاغ الغائب يتم بكتابة حاكم بلد الزوجة، إلى حاكم البلد الذي يقيم الزوج فيه يعلمه بذلك، فإما أن يجيء، أو يوكل من يتسلمها له، أو يحملها إليه.

أما إبلاغ المفقود، فيتم بكتابة حاكم بلد الزوجة إلى حكام الأماكن التي يتوقع وجود الزوج المفقود فيها؛ لينادى باسمه، فإن لم يظهر فرض القاضي نفقتها عليه(١).

تلك هي أهم الأحكام التي يشترك المفقود فيها مع الغائب.

ويختص المفقود بأحكام أخرى نتيجة الجهل الذي لابس حياته والغموض الذي اكتنف مصيره، وسأتناول تلك الأحكام بشكل مفصل في الفصول الآتية:

❐ ❐ ❐

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤.

الفصل الأول
المفقود متى يحكم بحياته ومتى يحكم بموته

المبحث الأول
متى يحكم بحياة المفقود في الفقه الإسلامي والقانون؟

*** المطلب الأول ـ الحكم بحياة المفقود في الفقه الإسلامي:**

عرض للخلاف والأدلة:

لابد لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة بالمفقود من معرفة أقوال الفقهاء في حكم المفقود من حيث الحياة أو الموت، وسأعرض ـ بإذنه تعالى ـ أولاً أقوال المذاهب الفقهية في حكم حياة المفقود، ومن ثم أذكر أدلة الفقهاء على حياته، وألخص أخيراً نقاط الاتفاق والاختلاف في حياة المفقود عندهم، وذلك فيما يأتي:

أولاً ـ أقوال المذاهب الفقهية في حياة المفقود:

اختلفت المذاهب الفقهية في حكم حياة المفقود، ونظراً لكون الخلافات جزئية فيما بينها، أجد من المفيد أن أعرض حكم حياته في كل مذهب على حده، على النحو الآتي:

١ ـ **الحنفية**: لجأ الحنفية إلى تقرير الأصول لإزالة التعارض بين حياة المفقود ومماته، وقرروا إبقاء حياته استناداً إلى دليل، هو ما علم من حياته[1]،

---

(١) كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ١٨١. أصول السرخسي: ٢/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣.

ولكن لما لم يكن ذلك دليلاً للبقاء قالوا بأن المفقود حي في حق نفسه بالاستصحاب، وهو يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، وميت في حق غيره، وهذا لا يعني أنه حي وميت حقيقة في الوقت ذاته؛ لاستحالة ذلك، إنما يعد حياً وتجري عليه أحكام الأحياء تجنباً لما يضره، وذلك في الأمور المتوقفة على ثبوت موته، فلا يورث ماله، ولا يفرق بينه وبين زوجته كأنه حي حقيقة؛ لأن حياته كانت ثابتة فلا تزول بالشك، ويعد ميتاً وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن قد اكتسبه بعد، فلا يرث من أحد مات من أقاربه؛ لأن حياته ثبتت باستصحاب الحال، وهو حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات، أي: تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته، والاستحقاق الجديد لم يكن ثابتاً، فلا يثبت بالشك[1].

٢ ـ **المالكية**: تقسم أحوال المفقود عند المالكية إلى عدة أقسام، ولكل حكمه الخاص من حيث الحياة أو الموت، وسأذكر في هذا المبحث خلاصة تلك الأقوال، وأدع التفصيل في حكم كل قسم إلى المبحث التالي.

خلاصة القول: إن المذهب المالكي جرى في حكم المفقود على أساس التفريق بين غيبة ظاهرها السلامة وأخرى ظاهرها الهلاك، فإذا فقد الإنسان في ظروف ظاهرها السلامة فيعد المفقود بحكم الحي مدة يغلب على الظن أنه حي فيها وهي مدة التعمير، ولا يحكم بموته إلا بعد انقضائها، ويدخل في هذا القسم من فقد في أرض الحرب، وكذلك من فقد في أرض الإسلام في الظروف العادية فيما يخص ماله.

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٤٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤ ـ ٣٥. أصول السرخسي: ٢/ ١٧. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ١٨١. أصول الشاشي: ٣٨٩. التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٣/ ٣٨٧.

وإذا فقد في ظروف ظاهرها الهلاك، فإن غيبته إما أن تكون بعد سبب من شأنه الإهلاك، كمجاعة، أو وباء، أو حروب أهلية وفتن، أو كوارث، كغرق سفينة أو سقوط طائرة، أو أن لا تكون كذلك، كمن فقد في سفر في بلاد الإسلام في ظروف الأمان والسلامة.

والحكم في الأولى أن يظل المفقود في حكم الحي استصحاباً إلى أن تنتهي المجاعة أو يزول الوباء أو يرتفع سبب الإهلاك بشكل عام، وثمة قول آخر ذهبوا فيه إلى استصحاب حياته مدة عام ـ وسيأتي تفصيل ذلك عند البحث في المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها ـ وفي الثانية أن يعد حياً مدة أربع سنين في حق زوجته.

٣ ـ **الشافعية**: الجديد الأظهر في المذهب أن المفقود يعد حياً في حق ماله وزوجته مدة فقده، حتى يثبت موته أو تمضي مدة التعمير؛ لأن بقاء الحياة هو الأصل ولا يعدل عنه إلا ببينة أو ما يقوم مقامها، أما في القديم فيعد المفقود بحكم الحي مدة أربع سنين من وقت انقطاع خبره في حق زوجته فقط، ثم تعتد بعدها، هذا إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الحكم بموته، وإلا فإنه يعد حياً لحين انقضاء مدة التعمير(١).

٤ ـ **الحنابلة**: يختلف حكم المفقود عند الحنابلة بحسب نوع الغيبة، وهي نوعان:

النوع الأول ـ المفقود في غيبة ظاهرها السلامة: يعد المفقود في غيبة ظاهرها السلامة حياً مدة فقده، هذا ما قرره الحنابلة في هذا النوع؛ لأن الأصل

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. روضة الطالبين: ٥/ ٣٥. تحفة المحتاج: ٦/ ٤٢١ ـ ٤٢٢، ٨/ ٢٥٣. نهاية المحتاج: ٦/ ٢٩.

هو الحياة[١]، وليس ثمة ما يحول دون استصحاب هذا الأصل، سيما وأنه غاب في ظروف ظاهرها السلامة، فلا تتزوج امرأته، ولا يقسم ماله، ويُنتظر به لحين انقضاء مدة التعمير التي تعددت الأقوال عندهم في تحديدها[٢].

النوع الثاني ـ المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: يعد المفقود فيها حياً مدة أربع سنين، فإن مضت المدة ولم يعلم خبره قسم ماله بين ورثته واعتدت زوجته عدة الوفاة[٣].

وقد رأى الحنابلة تعذر استصحاب حياة المفقود في هذه الحالة؛ لأن غيبة المفقود في ظروف مهلكة تعد قرينة مانعةً تحول دون استصحاب الأصل في هذه الصورة.

ثانياً ـ خلاصة أدلة الفقهاء على حياة المفقود:

إن حجة الفقهاء في قولهم بحياة المفقود القاعدة الفقهية التي تقول: «اليقين لا يزول بالشك»[٤]، فانقطاع أخبار المفقود يورث شكاً في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيَقَّنة من قبل، ومن الأدلة على حياته أيضاً استصحاب الحال[٥]، وقد اختلف الفقهاء في حجية الاستصحاب على

---

(١) الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣١٣. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٤. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٤٣.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤١. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥.

(٣) الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي: ١/ ١٩٣. درر الحكام لحيدر: ١/ ٢٢ ـ ٢٣.

(٥) للاستصحاب أقسام عديدة منها: استصحاب البراءة الأصلية، واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، واستصحاب حكم الإجماع. ينظر: إعلام =

قولين، فذهب الجمهور إلى حجيته سواء أكان في النفي أم في الإثبات[1]؛ لأن ما ثبت في الزمان الأول من وجود أمر أو عدمه في حال من الأحوال، ولم يظهر زواله لا قطعاً ولا ظناً، فإنه يلزم بالضرورة أن يحصل الظن ببقائه كما كان، والعمل بالظن حجة متبعة في الشرعيات[2].

وخالف الحنفية الجمهور وقالوا: إن الاستصحاب ليس حجة أصلاً لا لإثبات أمر لم يكن، ولا لإبقاء ما كان على ما كان؛ لأن الثبوت في الزمان الأول يفتقر إلى دليل، فكذلك في الزمان الثاني؛ لاحتمال أن يكون أو أن لا يكون[3].

= الموقعين لابن القيم: ١/ ٣٣٩. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ٦٦٢. المنخول للغزالي: ١/ ٣٧٢. التحصيل من المحصول للأرموي: ٢/ ٣١٥. تيسير التحرير: ٤/ ١٧٦. قواعد الفقه للبركتي: ١٧٣.

(١) تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي: ٣٩٣. شرح الإسنوي: ٣/ ١٧٧. البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي: ٦/ ٧. الإبهاج للسبكي: ٣/ ١٧١. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي: ٢/ ٣٨٧. شرح الكوكب المنير لابن النجار: ٥٩. المدخل لابن بدران: ٢٨٦. إرشاد الفحول للشوكاني: ٣٩٧. وينظر: البرهان للجويني: ٢/ ٦٣٥، ٧٤٠. المستصفى للغزالي: ١/ ٢٢٢. المنخول للغزالي: ٣٧٣. وقد حقق الشيخ محمد أبو زهرة ـ رحمه الله ـ موضع الخلاف بين العلماء في هذه المسألة، ورأى أن موضع الخلاف بين العلماء في استصحاب الوصف كالحياة في المفقود، فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه صالح للدفع فقط وغير صالح للإثبات، وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى حجيته دفعاً وإثباتاً، على حين اتفقوا من حيث الجملة على حجيته في بقية الأقسام. أصول الفقه، أبو زهرة: ٢٩٧.

(٢) الإحكام للآمدي: ٤/ ٣٦٧. شرح الإسنوي: ٣/ ١٧٨. شرح البدخشي: ٣/ ١٧٦. وينظر: المحصول للرازي: ٦/ ١٤٨.

(٣) كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ٦٦٢.

غير أن أكثر المتأخرين من الحنفية ذهبوا إلى أنه لا يصلح حجة للإثبات ابتداءً، ولا لإلزام الخصم، ولكنه يصلح حجة للدفع؛ لأن الدليل الموجب لا يدل على البقاء، وهذا ظاهر ضرورة أن بقاء الشيء غير وجوده؛ لأنه عبارة عن استمرار الوجود بعد الحدوث، وقد يكون الشيء موجباً لحدوث الشيء دون استمراره[(١)].

فمدار الخلاف بين الفريقين على أن سبق الوجود مع عدم ظن الانتفاء دليل على البقاء، أي يفيد ظن البقاء، وهذا ما ذهب الجمهور إليه، خلافاً للحنفية الذين قالوا ليس ثمة ما يثبت البقاء.

وإحدى ثمرات الخلاف تظهر في المفقود، فعند الشافعية تستصحب حياته؛ لأن الأصل بقاء الحياة ويبقى ماله على ملكه، وتفيد حياته المستصحبة أيضاً في الاستحقاق فيرث من مات من مورثيه في غيبته، من جهة أن الملك الذي كان للمورث يصبح للوارث؛ لأن الوراثة خلافة، والوارث حي باستصحاب الحال.

أما الحنفية، فإن حياة المفقود المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه على ما كان؛ لأن عدم الإرث من باب الدفع فيثبت به، ولا تكون حجة في إثبات الملك له ابتداءً في مال قريبه إذا مات؛ لأن الإرث من باب الإثبات فلا يثبت به[(٢)].

---

(١) أصول السرخسي: ٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥. شرح التلويح للتفتازاني وبهامشه تنقيح الأصول لصدر الشريعة: ٢/ ١٠١ ـ ١٠٢. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ٦٦٢. التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٣/ ٣٨٧. أصول الشاشي: ٣٨٩.

(٢) أصول الشاشي: ٣٨٩. تنقيح الأصول لصدر الشريعة بهامش التلويح: ٢/ ١٠١ ـ ١٠٢.

ومع أن الحنفية خالفوا الجمهور في قصر حجية الاستصحاب على الدفع دون الاستحقاق والإثبات، إلا أنهم التقوا مع الجمهور في وقف نصيب المفقود من الميراث حتى يتبين أمره ويظهر حاله[١].

ثالثاً ـ نقاط الاتفاق والاختلاف في حكم المفقود:

نقاط الاتفاق:

١ ـ اتفق الفقهاء[٢] على أن المفقود حي في مدة فقده فيما يخص ماله، وليس لأحد من ورثته أن يرث ماله أو يقسمه إلا بعد أن يثبت موته يقيناً ببيِّنة، أو أن يصدر القضاء حكمه بموته بعد مضي مدة معينة ـ على خلاف بين الفقهاء في تقديرها ـ ؛ لأن الأصل في المفقود بقاء حياته، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل، وخص الحنابلة هذا الحكم بالمفقود في غيبة ظاهرها السلامة[٣].

٢ ـ اتفق الفقهاء[٤] على أن المفقود يعد ميتاً إذا مضى على غيابه مدة لا يعيش

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. العناية شرح الهداية للبابرتي: ٦/ ١٤٩. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤ ـ ٣٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٣٨٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٣ وما بعدها. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. العزيز شرح الوجيز للرافعي: ٦/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤١. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣١٣.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٦. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٤. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤١.

إلى مثلها ـ وسآتي على تفصيلها لاحقاً إن شاء الله تعالى ـ بعد أن يحكم القاضي بموته، ويترتب على هذا الموت الحكمي جميع الآثار التي تترتب على الموت الحقيقي، فتعتد زوجته وتحل للأزواج، ويصبح ماله تركة، ويقسم على الوارثين.

٣ ـ اتفق الفقهاء[1] من حيث النتيجة على وقف حصة المفقود من تركة قريبه الذي يرث منه إذا مات خلال مدة فقده، حتى يتبين حال المفقود ويظهر أمره.

نقاط الاختلاف:

١ ـ اختلف الفقهاء في حكم المفقود من جهة زوجته، فذهب الحنفية، والشافعية في الجديد، والحنابلة فيمن فقد في غيبة ظاهرها السلامة[2]، إلى أن المفقود يعد حياً في مدة فقده فيما يخص زوجته، فليس لها أن تتزوج غيره إلا عند التيقن من موته، أو بعد أن يصدر القاضي حكماً بالموت بعد مضي مدةلا يعيش إلى مثلها عادة، وحجتهم أن الأصل في المفقود الحياة.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام وبهامش العناية للبابرتي: ٦/ ١٤٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٦٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٢. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠ ـ ٤٠١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٣١. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦.

على حين ذهب المالكية في مفقود أرض الإسلام في الظروف الطبيعية[١]، وهو أحد أقوالهم في مفقود أرض العدو زمن السلم أو الحرب[٢]، والشافعية في القديم[٣]، والحنابلة فيمن فقد في غيبة ظاهرها الهلاك[٤]، إلى أنه ينتظر بها لمدة أربع سنين من يوم انقطاع خبره، وقيل من يوم حكم القاضي بذلك، ويعد المفقود بحكم الحي، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يظهر حاله، فهو بحكم الميت وتعتد زوجته عدة الوفاة ثم تحل للأزواج بعدها.

٢ ـ انفرد الحنابلة دون غيرهم من الفقهاء بالحكم على المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك بحكم خاص، فذهبوا إلى أنه ينتظر به مدة أربع سنين، فإن لم يعد واستمر خفاء حاله، فإن القاضي يحكم بموته ويقسم ماله وتعتد زوجته[٥].

* * *

(١) سآتي على ذكر أحكام بقية الأنواع عند المذهب المالكي بشكل مستقل بعونه تعالى. ينظر: حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٣. مختصر خليل: ١٥٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٤.

(٢) حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٨. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٦٣٣.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦.

*** المطلب الثاني ـ الحكم بحياة المفقود في القانون:**

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أن المفقود يعد حياً ولا يحكم بموته إلا ببلوغه ثمانين سنة، وينبغي أن يحمل هذا على الظروف الطبيعية، أما في الظروف التي يغلب عليه الهلاك فيها، فقد حدد له مدة أربع سنوات، واستند القانون في ذلك إلى المذهب المالكي والحنبلي.

فقد جاء في المادة /٢٠٥/ منه ما يأتي:

«١ ـ ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو الحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر.

٢ ـ ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة لها المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة، والتي يغلب عليه فيها الهلاك، وذلك بعد ٤ سنوات من تاريخ فقده»[(١)].

أما القانون المصري فلم يمض على نهج واحد في هذا الشأن، حيث تغيرت الأحكام فيه تدريجياً تبعاً لتعدد القوانين، وكان العمل بشأن المفقود قبل عام ١٩٢٠ يجري على المفتى به في المذهب الحنفي، أي: يعد المفقود حياً في حق نفسه ميتاً في حق غيره، ثم جاء قانون عام ١٩٢٠ واعتمد على المذهب المالكي في حكم المفقود، ونص على أن المفقود يعد حياً مدة أربع سنين فيما يخص زوجته، أما في حق أمواله فيعد حياً حتى يبلغ عمره ٩٠سنة من تاريخ ولادته[(٢)]، واستمد هذا القانون تحديده المدة بتسعين سنة من المفتى به في

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري، ترتيب نجاة قصاب حسن: ١٧٥. وينظر المدخل إلى علم القانون، محمود عبدالله: ٢٦٧.

(٢) المادة السابعة من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠.

المذهب الحنفي[1]، ثم عُدِّل هذا القانون وألغيت التفرقة بين مال المفقود وزوجته، ونص على الحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وترك للقاضي أمر تحديد المدة في الحالات الأخرى[2]، ثم صدر القانون رقم /١٠٣/ لعام ١٩٥٨ ونص على ما يأتي:

«يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، على أنه بالنسبة للمفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية، يصدر وزير الحربية قراراً باعتبارهم موتى بعد مضي السنوات الأربع ويقوم هذا القرار مقام الحكم»[3].

أما حياة المفقود وموته من جهة غيره ممن يرث منهم، فقد أخذ القانون السوري بالرأي المفتى به عند عامة الفقهاء، ونص على وقف حصة المفقود من تركة قريبه الذي مات أثناء غيابه حتى يتبين أمره، وهذا مانصت عليه المادة /٣٠٢/ التي جاء فيها ما يأتي:

«ف١ ـ يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث».

ويتفق القانون المصري مع القانون السوري في هذه الحالة تماماً[4].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠.

(٢) المادة /٢١/ من المرسوم بقانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩.

(٣) وقد نص القانون رقم /١٠٣/ لعام ١٩٥٨ في مادته الأولى على استبدال نص الفقرة الأولى من المادة /٢١/ من المرسوم بقانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩ بنص المادة الذي أثبته في الأعلى. ينظر: الوسيط في أحكام التركات والمواريث للبري: ٢٧٣.

(٤) قانون الأحوال الشخصية السوري، ترتيب نجاة قصاب حسن: ٢٤٠. وينظر: المادة /٧٧/ من قانون المواريث المصري لعام ١٩٤٣. الأحكام الخاصة بالمفقود لحسن: ٦٨.

المبحث الثاني

متى يحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والقانون؟

إذا طالت غيبة المفقود دون أن يعود إلى أهله، وانقضت المدة التي يحكم خلالها بحياة المفقود، ولم يعثر له على أثر بعد بذل الوسع في البحث عنه بمختلف الطرق، فإنه يعد ميتاً حكماً، أي: يحكم بموته، ولكن هل يشترط للحكم بموته أن يكون بعد البحث عنه؟ ومن الذي يتوجب عليه أن يدفع أجرة البحث؟ ومن الذي يملك سلطة الحكم بموته؟ وما قدر المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود؟ وكيف يصار إلى تقدير المدة حال الاختلاف في سن المفقود؟

الإجابة عن الأسئلة السابقة ستكون في المطالب الآتية بإذن الله تعالى:

* المطلب الأول ـ البحث عن المفقود:

١ ـ البحث عن المفقود في الفقه الإسلامي: لم يتعرض جمهور الفقهاء صراحة لاشتراط البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، غير أن الضابط الذي حددوا فيه ماهية الفقد، وهو عدم العلم بحياته أو موته[١]، يقتضي أن لا يعد الغائب مفقوداً إلا بعد البحث عنه وبذل الجهد للكشف عن حاله، بل لقد كان تعريف الحنفية للمفقود أكثر وضوحاً في الدلالة على ذلك، حيث جعلوا جدية

---

(١) ينظر: الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٥. المهذب للشيرازي: ٢/ ٢٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٢. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢١. البحر الزخار للمرتضى: ٣/ ٥٤. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢.

البحث عنه أحد عناصر التعريف، فلا يحكم بانقطاع خبره وخفاء أثره إلا بعد الخروج في طلبه وبذل الجهد في البحث عنه[١].

أما المالكية فقد اشترطوا ذلك صراحة، ونصوا على وجوب البحث عن المفقود والتحري عنه بمختلف الوسائل المتاحة قبل إصدار الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بموت المفقود إلا بعد البحث عنه في كل مكان يتوقع فيه وجوده بدءاً من بلده وجيرته وأهل سوقه والبلاد المجاورة، وانتهاءاً بتعميم كتاب بحث يشمل اسمه ونسبه وصفته إلى حكام البلاد التي يظن وجوده فيها كي يبحث عنه في النواحي والمناطق التابعة لولايته، فإن عاد إليه الخبر بعدم معرفة موضعه وحاله ضرب له مدة معينة ـ على اختلاف في تقديرها عندهم فيما يخص زوجته أو ماله، أو حسب نوع المفقود كما سيأتي ـ ثم يحكم بموته بعد مضيها[٢].

أما أجرة البحث فقد تعددت أقوال المالكية فيها، فقيل: هي على الزوجة؛ لأنها هي التي طلبت، وقيل: تؤخذ من بيت المال؛ وذهبوا في قول آخر إلى الجمع بين القولين السابقين، وقالوا: تؤخذ الأجرة من الزوجة إن كان لها مال، فإن لم تجد فمن بيت المال[٣].

---

(١) عرف الحنفية المفقود بأنه: «الغائب الذي لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدّون وقد انقطع خبره وخفي عليهم أثره». تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. وينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤.

(٢) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٤٧٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. شرح الخرشي: ٤/ ١٤٩. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٢٦. الإشراف على نكت الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٨٠٠ ـ ٨٠١.

(٣) الإشراف على نكت الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٨٠٠ ـ ٨٠١. شرح الخرشي =

٢ ـ **البحث عن المفقود في القانون:** لم يتعرض القانون السوري لاشتراط البحث عن المفقود، ولا لأجرة البحث أيضاً، وحبذا لو اشترط هذا القانون البحث عن المفقود بمختلف الوسائل والطرق الممكنة للتأكد من حال المفقود والوصول إلى معرفة ما إذا كان المفقود لا يزال على قيد الحياة أم لا؛ لأن هذا الإجراء يحقق قدراً من الاطمئنان إلى صحة الحكم الذي تصدره المحكمة، فعدم العثور على المفقود أو عدم الوقوع له على أي أثر بعد التحري والبحث في مظان وجوده يورث غلبة الظن بموته.

ونظراً لإغفال القانون هذه المسألة فلا بد من الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناءً على ما جاء في المادة /٣٤/ من القانون المدني السوري والتي نصت على ما يأتي: «يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية»[١].

وهذه المادة ترمم كثيراً من القضايا والمسائل المتعلقة بالمفقود والتي أهملها القانون.

أما القانون المصري فقد كان أكثر دقة من القانون السوري، حيث أوجب البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بذلك قبل البحث عنه بكافة الطرق الممكنة، وكلف هذا القانون وزارة العدل مهمة القيام بذلك، وهذا ما جاء في المادة السابعة من القانون المصري التي نصت على ما يأتي: «على القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية [العدل] لتجري البحث

= على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١.

(١) القانون المدني، ترتيب وليد عدي: ١٦.

عنه بجميع الطرق الممكنة. .»[1]. ثم جاء قانون عام ١٩٥٨ وأسند مهمة البحث لأجهزة الشرطة والأجهزة الأمنية؛ لأنها المعنية بهذا الأمر.

أما أجرة البحث عن المفقود، فلا تؤخذ من الزوجة ولا من الورثة؛ لأن الأجهزة التي تتولى ذلك من شرطة ورجال أمن يقومون بذلك بحكم وظائفهم التي يتقاضون عنها أجوراً من الدولة.

* * *

* المطلب الثاني ـ سلطة الحكم بموت المفقود:

الحكم بموت المفقود لا بد له من جهة تصدره، فمن يملك سلطة إصدار هذا الحكم.

نص المالكية على أن زوجة المفقود في بلاد الإسلام تملك أن ترفع أمرها إلى من يحكم بموته إذا لم ترض بالبقاء في عصمة المفقود حتى عودته أو ظهور أمره، ولها أن تطلب ذلك من:

١ ـ القاضي.

٢ ـ الحاكم السياسي في البلد، أو قائد الشرطة فيها (الوالي).

٣ ـ والي الزكاة، وهو الشخص الذي يقوم بجباية أموال الزكاة ويسعى في تحصيلها.

فإن لم تجد واحداً من هؤلاء في بلدها، أو وجدت وكان ظالماً مستغلاً بحيث يمتنع عن الكشف عن حال المفقود حتى يأخذ منها مالاً رفعت أمرها إلى:

٤ ـ جماعة المسلمين من صالحي جيرانها العدول، والواحد منهم يكفي.

---

(١) ينظر: المادة /٧/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠. ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لخلاف: ٢٣٩.

ويجب أن يقدم القاضي أولاً، ثم الوالي، ثم والي الشرطة، ثم والي الزكاة، فإن رفعت الزوجة أمرها لأحد الولاة مع وجود القاضي، حرم عليها وصح حكمه، أما إن رفعت ذلك إلى جماعة المسلمين مع وجود القاضي بطل، فإن لم تجد قاضياً ورفعت إلى جماعة المسلمين مع وجود والي البلد ووالي الزكاة، فالظاهر صحة حكمهم[1].

وقيل أيضاً بأن القاضي والوالي ووالي الزكاة بمرتبة واحدة، غير أن الرفع للقاضي أضبط[2].

أما الحنفية والشافعية والحنابلة[3]، فلم ينصوا على الجهة التي تملك سلطة الحكم بموت المفقود، إلا أن عباراتهم تفيد أن ذلك لا يتم إلا من قبل الحاكم أو القاضي.

سلطة الحكم بموت المفقود في القانون:

نص قانون أصول المحاكمات السوري على أن المحكمة الشرعية، هي المحكمة المختصة في قضايا إثبات الوفاة وتعيين الحصص الشرعية للورثة، وقضايا المفقود، والولاية والوصاية الشرعية، وغيرها[4]، مما يفيد أن القاضي

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٥. حاشية العدوي: ٢/ ٩٣ ـ ٩٤.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٧.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥ ـ ٣٦. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٣/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٠ ـ ١٤٤. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥ ـ ٣٣٨.

(٤) المادة /٥٣٥/ من قانون أصول المحاكمات.

هو الذي يحكم بموت المفقود، وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد اجتهاداتها الذي جاء فيه ما يأتي: «المحكمة الشرعية هي المختصة بإثبات الوفاة واعتبار المفقود ميتاً، ونصب الوكيل القضائي الذي لا مناص من مخاصمته في دعوى اعتبار المفقود ميتاً»[1].

أما القانون المصري، فقد كان أكثر تفصيلاً، حيث نصت قوانين الأحوال الشخصية المتعاقبة على إسناد مهمة الحكم بموت المفقود للقاضي، فإذا أرادت زوجة المفقود أو أحد ورثته طلب الحكم بموته، فيجب عليهما أن يرفعا ذلك إلى محكمة الأحوال الشخصية، وبعد استكمال الإجراءات المطلوبة يضرب القاضي للمفقود المدة القانونية، فإذا مضت المدة التي حددها بانتظار عودة المفقود دون أن يعود، ولم يظهر له خبر، حكم القاضي بموته[2].

ولم يقتصر القانون المصري في إسناد أمر الحكم بموت المفقود للقاضي فقط، بل عدل عن ذلك ليخول وزير الدفاع مهمة إصدار قرار بذلك يقوم مقام الحكم خلال العمليات الحربية [3]، وبناءً على ذلك فإن من يحكم بموت المفقود في القانون المصري هو:

١ ـ القاضي أو محكمة الأحوال الشخصية لمن فقد من الأفراد المدنيين.

٢ ـ وزير الدفاع لمن فقد من أفراد القوات المسلحة خلال العمليات الحربية.

* * *

(١) الاجتهاد رقم: ١٢٣٣. ينظر: المرشد في الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٧.

(٢) ينظر: المادة /٧/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠، والمادة /٢١/ من المرسوم بقانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩.

(٣) ينظر: المادة /١/ من القانون رقم /١٠٣/ لعام ١٩٥٨.

*** المطلب الثالث ـ المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:**

تباينت أقوال الفقهاء في تحديد المدة التي المشترط مضيها للحكم بموت المفقود تبايناً كبيراً، ونظراً لعدم وجود أدلة خاصة بتحديد مدة معينة، لجؤوا في تقدير المدة إلى الاجتهاد، فاختلفت الأقوال كثيراً وتعددت، ومرجع ذلك اختلاف آرائهم في تحديد مدة الغياب التي تورث غلبة الظن بموت المفقود، وقد حدد بعض الفقهاء ذلك بسن معين كعمر الأقران، أو بالعمر الغالب في زمن معين، وترك بعضهم أمر ذلك للقاضي ولم يحدد سناً معيناً، وذهب آخرون إلى تحديدها من خلال الظروف المحيطة بالغياب، فحددوا للفقد في ظروف ظاهرها الهلاك مدة تختلف عن تلك المدة التي حددوها لمن فقد في ظروف ظاهرها السلامة.

وسأعرض أولاً أهم الأقوال الفقهية بشكل مجمل، ومن ثم أعرض أقوال المذاهب في ذلك بشكل مفصّل نظراً للاختلاف الكبير حتى ضمن حدود المذهب الواحد، وسأبين أيضاً كيف يصار إلى تحديد مدة للحكم بموت المفقود في حال الاختلاف في عمره، وهل يعد المفقود ميتاً بانقضاء المدة وحسب، أم لابد لذلك من حكم قضائي؟ وإذا حكم بموته فمن أي تاريخ يعد ميتاً؟ وذلك فيما يأتي:

أولاً ـ الأقوال الفقهية في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

يمكن إجمال الأقوال الفقهية في تحديد تلك المدة باثني عشر قولاً:

القول الأول: ستون سنة من يوم ولادته، وهو قول المتأخرين من الحنفية، والمالكية في قول[1].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥. وهذه الأقوال التي سأوردها هي أقوال المالكية في تحديد مدة التعمير في المفقود في أرض الإسلام في ظروف السلامة فإن كان في غيرها فسأحدد ذلك.

القول الثاني: سبعون سنة من يوم الولادة، وهو القول المختار عند ابن الهمام ـ رحمه الله ـ من الحنفية والمعتمد عند المالكية، والشافعية في قول شاذ، وهو قول عند الحنابلة في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة[1].

القول الثالث: خمس وسبعون سنة بدءاً من يوم ولادته، وهو أحد الأقوال التي يقضى بها عند المالكية[2].

القول الرابع: ثمانون سنة من يوم الولادة، وهو أحد الأقوال التي قيل: إن الفتوى عليه عند الحنفية، وقول لدى المالكية ذكر بأن القضاء عليه أيضاً، وقول عند الشافعية[3].

القول الخامس: تسعون سنة من يوم ولادته، وهو القول المفتى به في المذهب الحنفي، وأحد أقوال المالكية والشافعية، والمذهب عند الحنابلة فيمن فقد في غيبة ظاهرها السلامة[4].

القول السادس: مئة سنة من يوم مولده، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وأحد أقوال المالكية والشافعية والإمامية[5].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. مختصر خليل: ١٥٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣.

(٢) مختصر خليل: ١٥٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥ـ ٣٢٦.

(٣) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤. المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. حاشية الجمل: ٤/ ٣٠.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥. المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥.

(٥) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥ ـ ٣٦. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. =

القول السابع: مئة وعشرون سنة من يوم ولادته، وهو قول عند الحنفية والشافعية، والحنابلة في المفقود في ظروف ظاهرها السلامة، والإمامية في قول[1].

القول الثامن: لم يحدد أصحاب هذا القول مدة محددة، إنما علقوا ذلك على موت جميع أقرانه وأهل زمانه، وهو قول الحنفية في ظاهر الرواية، وأحد أقوال المالكية[2].

القول التاسع: لم يحدد أصحابه أيضاً مدة محددة، وإنما يفوض أمر النظر في ذلك إلى القاضي يجتهد ويقدر بناءً على الظروف والقرائن، وهو القول المختار عند الزيلعي[3]، والصحيح عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة ـ كما في المغني ـ فيمن فقد في غيبة ظاهرها السلامة، والإمامية في قول[4].

= حاشية الجمل: ٤/ ٣٠. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٦، ٩٢.

(١) الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦٠ ـ ٣٦١. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٦٠. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٦، ٩٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. وقد وصف السرخسي هذا القول بأنه الأليق بطريق الفقه، أما صاحب الهداية فقال بأنه الأقيس. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٦. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٢. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧.

الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي، سكن القاهرة، من كتبه: تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق وشرح الجامع الكبير وكلاهما في الفقه الحنفي، توفي سنة ٧٤٣هـ = ١٣٤٣م. الفوائد البهية للكنوي: ١١٥. الأعلام للزركلي: ٤/ ٢١٠.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤. شرح منتهى الإرادات =

القول العاشر: لا يحكم بموت المفقود حتى يصح موته ويثبت بيقين، وهو قول عند الحنابلة، قيل هو المذهب فيمن كان ظاهر غيبته السلامة، وأحد أقوالهم أيضاً في المفقود في ظروف ظاهرها الهلاك، وهو قول الظاهرية[1].

القول الحادي عشر: يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين، وهو قول المالكية في حق زوجة المفقود التي ترفض البقاء في عصمته إذا فقد في أرض الإسلام في ظروف السلامة، وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو في زمن السلم أو زمن الحرب، وقول الشافعي في القديم في حق زوجته أيضاً والمعتمد عند الحنابلة فيمن فقد في ظروف ظاهرها الهلاك، وقول الإباضية، وأحد أقوال الإمامية[2].

القول الثاني عشر: يحكم بموت المفقود بعد مضي عام واحد، وهو أحد أقوال المالكية فيمن فقد في اقتتال المسلمين فيما بينهم، وأحد أقوالهم أيضاً فيمن فقد في أرض العدو زمن الحرب[3].

= للبهوتي: ٢/ ٥٤٢. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٦، ٩٢.

(١) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣١٣. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٦.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦، ٧/ ٢٥٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦، ٩/ ٢٨١. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٣٨ ـ ٤٠. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢، ٩٦.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣. مختصر خليل: ١٥٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦.

ثانياً ـ التفصيل في أقوال المذاهب في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

أ ـ الحنفية:

تعددت أقوال الحنفية واختلفت رواياتهم كثيراً إلا أن الاتجاه السائد عندهم عدم التمييز بين مفقود وآخر، كما لم يفرقوا في تحديد المدة بين أن يكون ذلك في حق زوجته أو ماله وفيما يأتي أهم أقوالهم:

١ ـ يحكم بموت المفقود بعد موت جميع أقرانه، وهذا ظاهر المذهب[١]، فإذا لم يبق من أقرانه أحد على قيد الحياة حكم بموته، واستندوا في ذلك إلى أن ما تقع الحاجة إلى معرفته فسبيله في الشرع الرجوع إلى أمثاله، كقيم المتلفات، ومهر المثل، فإن من أتلف شيئاً لأحد لزمه أن يعوضه بمثله أو بقيمته، ومن عقد على فتاة دون تسمية مهر، أو كانت التسمية فاسدة، فإن للفتاة مهر مثيلاتها من النساء، وكذا المفقود، فإن موت هؤلاء الذين كانوا في مثل سنه، يعد دليلاً على موته؛ لأن بقاءه بعد موت أقرانه نادر، والأحكام الشرعية تبنى على الغالب لا على النادر[٢].

ولكن من هم الأقران الذين يحكم بموت المفقود بناءً على موتهم؟ هل يشمل ذلك جميع الأقران في سائر البلاد؟ أم يُقتصر على أقرانه في بلده فقط؟

الأصح عند الحنفية أنهم أقرانه في بلده؛ لأن الإحاطة بموت الأقران في جميع البلاد أمر متعذر، وفيه مشقة بالغة وحرج، إضافة إلى أن الأعمار تختلف طولاً وقصراً باختلاف البلاد بحسب حكمة الله تعالى في ذلك.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥. العناية للبابرتي: ٦/ ١٤٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨.

وقيل: بل المراد بذلك موت أقرانه في جميع البلاد[1].

٢ ـ يحكم بموت المفقود إذا بلغ من العمر مئة وعشرين سنة من يوم ولد، واستدلوا لذلك بأن الأعمار نادراً ما تزيد على ذلك، فكان التقدير بها تقديراً بالأكثر[2].

٣ ـ يحكم بموت المفقود إذا بلغ من العمر مئة سنة، وقد روي هذا القول عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ وحجته في هذا القول أن الظاهر في زمانهم أن لا يعيش أحد أكثر من هذه المدة، بل الغالب فيمن طال عمره أن لا يتجاوزها[3].

٤ ـ القول المفتى به في المذهب أن يحكم بموته إذا بلغ من العمر تسعين سنة، وحجة هذا القول أن غالب الأعمار تنتهي إليه في الأعم الأغلب، والحياة بعده نادرة ولا عبرة بالنادر[4].

٥ ـ لا يحكم بموت المفقود إلا أن يبلغ من العمر ثمانين سنة، وقيل إن الفتوى على هذا القول[5].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٨. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٨. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦٠ ـ ٣٦١. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥ ـ ٣٦. وينظر: فتاوى السغدي: ٢/ ٨٥٥.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام للشرنبلالي: ٢/ ١٢٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩.

(٥) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤.

٦ ـ القول المختار عند ابن الهمام أن يحكم بموت المفقود إذا بلغ من العمر سبعين سنة، واستدل لذلك بقوله ﷺ: **«أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين، وأقلهم من يجوز ذلك»**[(١)]. وهذا الحديث يدل على أن السبعين هي غاية الأعمار غالباً[(٢)].

٧ ـ اختار متأخرو الحنفية التحديد بستين سنة؛ لأن التقدير بهذه المدة أرفق بزوجته؛ ولأن غالب الأعمار تصل إليها[(٣)].

٨ ـ أقل ما روي في المذهب أن المدة محددة بثلاثين سنة[(٤)].

٩ ـ الأقيس عند الحنفية أن لا يقدر موت المفقود بشيء؛ لأنه لا نص فيه، وتحديد المقادير لا يكون بالرأي[(٥)]، ويفوض أمر التقدير إلى القاضي حيث يحكم بموته في الوقت الذي يراه محققاً للمصلحة، وقد رجح الزيلعي هذا القول، واحتج له بأن تقدير المدة بحد معين غير منضبط؛ لأن تحقق غلبة الظن بموت المفقود يختلف باختلاف البلاد، فقد يسهل البحث عنه، وتتيسر معرفة أخباره في بعض البلاد، ويصعب في بعضها الآخر، وكذلك يختلف باختلاف الأشخاص، فالملك العظيم إذا انقطع خبره، غلب على الظن موته في أدنى مدة خلافاً لمن كان غير معروف، ولذلك لا معنى لتقدير الحكم بموته بزمن معين.

---

(١) أخرجه الترمذي، كتاب الدعوات عن رسول الله ﷺ، باب دعاء النبي، حديث: ٣٥٥٠، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب. وابن ماجة في كتاب الزهد، باب الأمل والأجل، حديث: ٤٢٣٦. والحاكم في المستدرك، كتاب التفسير: ٢/ ٤٢٧، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وسكت الذهبي عنه.

(٢) ينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٣.

(٤) الدر المنتقى لعلاء الدين الإمام: ١/ ٧١٤.

(٥) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٦. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٢.

ونظراً لاختلاف وجهات النظر في تحديد وقت معين يغلب على الظن فيه هلاك المفقود، فإن تفويض الأمر إلى القاضي يتيح له تطبيق وجهات النظر المختلفة بحسب الظروف المتعلقة بالمفقود[١].

وثمة أقوال أخرى في المذهب، ومنها الإفتاء بمذهب مالك ـ رحمه الله ـ للضرورة، أي: أن يحكم بموته في حق زوجته بعد مضي أربع سنين، غير أن ابن عابدين ـ رحمه الله ـ اعترض على هذا القول، ورأى أن ليس ثمة ما يدعو للإفتاء بمذهب الغير للتمكن من رفع الدعوى إلى قاض مالكي يحكم فيها بمذهبه، فإن تعذر العثور على قاض مالكي، حكم بقول مالك للضرورة[٢].

ومنها: أن من فقد في مهلكة كلقاء العدو، أو مع قطاع الطرق، أو سافر وهو مصاب بمرض يغلب عليه الهلاك فيه، وما أشبه ذلك، حكم بموته؛ لأن احتمال موته ناشىء عن دليل بخلاف احتمال حياته، ويعد احتمال الموت الغالب هنا مقابل احتمال ما إذا بلغ المفقود عمراً لا يعيش إلى مثله.

غير أن ابن عابدين ـ رحمه الله ـ اشترط للحكم بموته أن تمضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته، ولا يحكم بذلك فور فقده عند ملاقاة العدو، أو سفر البحر، إلا إذا كان ملكاً عظيماً فإنه إذا بقي حياً اشتهرت حياته[٣].

تلك هي أهم الأقوال عند الحنفية والقول الأول ـ أي تحديد المدة بموت الأقران ـ هو أرجح الأقوال عندهم، بدلالة تعجب ابن نجيم ـ رحمه الله ـ من

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦. وينظر: فتاوى السغدي: ٢/ ٨٥٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧.

مشايخ الحنفية كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع عند الحنفية[١].

وقد حاول ابن عابدين ـ رحمه الله ـ التوفيق بين الأقوال المتعددة، ورأى أن بقية الأقوال لا تخالف ظاهر الرواية، إنما هي تفسير لها، وقد لجأ المشايخ إلى التفسير وقدروها بالسنين؛ لأن الإحاطة بموت الأقران غير ممكن أو فيه حرج، غير أنهم اختلفوا في تفسيراتهم، فقدر بعضهم موت الأقران بمئة وعشرين سنة، ومنهم من قدره بمئة، وقدره آخرون بتسعين وغير ذلك، وكذلك فإن التفويض إلى رأي القاضي لا يخرج عما جاء في ظاهر الرواية أيضاً؛ لأن القاضي يجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه، وينظر في الأقران والزمان، ولا يقول بالتقدير من عنده مطلقاً[٢].

ب ـ المالكية:

لم يسر المالكية في تحديد المدة على نهج واحد في الأحوال المختلفة للفقدان، فلكل حالة أحكامها الخاصة، وسأعرض أقوال المالكية في تحديد المدة في كل قسم على النحو الآتي:

١ ـ المفقود في أرض الإسلام في الظروف العادية:

فرق المالكية في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت من فقد في أرض الإسلام بين ما إذا كان الحكم خاصاً بزوجته أو ماله.

فإذا كان الحكم متعلقاً بالزوجة، ورفضت البقاء في عصمته، ورفعت أمرها إلى القاضي طالبة الكشف عن حال المفقود ضرب القاضي لها مدة أربع

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧. منحة الخالق لابن عابدين: ٥/ ١٧٨.

سنوات تبدأ من تاريخ الرفع، وقيل تبدأ بعد انتهاء البحث عنه وعدم معرفة أخباره[١]، فإن لم يعد ولم يعثر له على خبر،حكم بموته وتعتد زوجته عدة الوفاة[٢].

أما فيما يخص ماله، وكذلك زوجته إذا رضيت البقاء في عصمته، فلا يحكم بموته إلا بعد انقضاء مدة التعمير، وذلك بأن تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها.

وقد اختلفت الأقوال عند المالكية في تحديد مدة التعمير على النحو الآتي:

١ ـ القول المعتمد أن تقدر بسبعين سنة، واحتجوا لذلك بقوله ﷺ: «**أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين**»[٣]، ويؤيد ذلك أن السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالباً، وما زاد على ذلك فهو نادر ولا حكم للنادر[٤].

٢ ـ تقدر مدة التعمير بخمس وسبعين سنة من وقت الولادة، وقيل بأن القضاء على هذا القول[٥].

---

(١) شرح الخرشي: ٤/ ١٤٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٥. المدونة الكبرى: ٢/ ٣١. منح الجليل: ٤/ ٣١٨. ويشترط المالكية على الزوجة قبل ضرب المدة لها أن تثبت الزوجية والغياب. ينظر: المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٢٥.

(٢) حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٣. مختصر خليل: ١٥٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. شرح الخرشي: ٤/ ١٤٩.

(٣) سلف تخريج هذا الحديث ص: ٣٥٢.

(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٦/ ١٦٦. وينظر حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. شرح الخرشي: ٤/ ١٥٣. الاستذكار لابن عبد البر: ١٧/ ٣١١.

(٥) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. مختصر خليل: ١٥٧. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

٣ ـ تقدر المدة بثمانين سنة من وقت الولادة؛ لأن الإنسان قد يبلغ هذا العمر مع الصحة والقدرة على التصرف، وما زاد على ذلك فهو بحكم المرض، فكان تقدير مدة التعمير بالثمانين أولى، وقيل: أخذ القضاء بهذا القول(١).

٤ ـ إن مدة التعمير تقدر بتسعين سنة، وقيل بمئة سنة، وقيل بمئة وعشرين سنة من وقت الولادة، وحجة كل قول أن المفقود غاب على حكم الحياة، فلا يقضى عليه بالموت إلا باليقين أو ما يقوم مقامه من العمر الذي لا يبلغه أحد عادة إلا من شذ(٢).

٥ ـ قدرت مدة التعمير بأن يعمر المفقود أعمار أهل زمانه من غير تحديد(٣).

ولكن كيف تقدر مدة التعمير إذا فقد الإنسان وقد بلغ سن التعمير أو جاوزها؟

نص المالكية على أن يضاف للمدة عدة سنوات بحسب سنه، فإن فقد وهو في السبعين أو الثمانين تزاد له عشرة أعوام، وإن فقد ذو الخامسة والتسعين تزاد له خمس سنوات، وإن كان ابن مئة سنة اجتهد فيما يزاد له(٤).

٢ ـ المفقود في زمن المجاعة أو الوباء:

لم يضرب المالكية لمن فقد في هذه الظروف مدة محددة ويحكم بموته فور انتهاء المجاعة أو زوال الوباء؛ لغلبة الظن بموته أو لحمله على الموت فيه(٥).

---

(١) المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. مختصر خليل: ١٥٧.

(٢) منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥. المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧.

(٣) المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٥.

(٥) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٠٠، ٤/ ٧١٧. حاشية العدوي: ٢/ ٩٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٤. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٧. المعيار المعرب =

٣ ـ المفقود في الاقتتال بين المسلمين «زمن الفتن»:

اختلف المالكية فيمن فقد في الحروب بين المسلمين وشهدت البينة العادلة على حضوره المعركة على قولين:

الأول: يعد بحكم من قتل أو مات فيما يتعلق بالمال والزوجة، فتعتد زوجته ويقسم ماله بعد أن يُنظر الإمامُ المفقود مدة بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم إذا كان موقع المعركة قريباً؛ لأنه لو سلم لعاد إلى موضعه لا سيما وأنه في بلاد الإسلام.

أما إذا كان موقع المعركة بعيداً فيضرب له أجل سنة ثم تعتد زوجته[(١)] ويقسم ماله، ووجه ذلك أنه لو سلم لسمع خبره في السنة الأولى؛ غير أن المعتمد عندهم عدم التفريق بين موقعة قريبة وأخرى بعيدة[(٢)].

= للونشريسي: ٤/ ٢٤٠.

(١) المعتمد على قول مالك وابن القاسم أنها تعتد من يوم بدء المعركة، إلا أن الذي عليه الفتوى أن عدة الزوجة لا تبدأ إلا بعد انتهاء المعركة وفصل القوات؛ لأنه الأحوط؛ لأن الغالب أن يكون بين ساعة الالتحام والانفصال أيام عديدة، فإذا مات المفقود في يوم اللقاء، فلا مشكلة، ولكن إن مات يوم الانفصال، فإن احتساب العدة من يوم اللقاء يلزم عنه أن تكون ناقصة، ولذلك فسر الدسوقي ـ رحمه الله ـ قولهم بأن العدة تبدأ من يوم التقاء الصفين، بأن ذلك يمكن تأويله بأن المراد منه أن تعتد من آخر يوم التقاء الصفين، وهو يوم الانفصال، وهذا القول أولى بالاختيار احتياطاً. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣. المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٤/ ٩٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٤. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٥. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٨.

الثاني: يمهل المفقود مدة عام، فإن لم يظهر له أثر حكم بموته واعتدت زوجته وقسم ماله[١].

ويشترط لسريان الحكم على من فقد في الفتن بين المسلمين، أن تشهد البينة العادلة على حضوره المعركة؛ لأنه بذلك يغلب عليه عدم السلامة وأن يكون قتل، فيرجح جانب الموت الغالب هنا على الأصل فيه وهو الحياة، فإن شهدت البينة بأنه خرج مع الجيش فقط دون أن تشهد بحضوره القتال، فيسري عليه حكم من فقد في بلاد المسلمين في الظروف الطبيعية[٢].

٤ ـ المفقود في أرض الأعداء: وفيه حالتان:

الأولى ـ المفقود في أرض العدو زمن الحرب: تعددت أقوال المالكية في حكم المفقود في قتال المسلمين مع أعدائهم على أربعة أقوال:

١ ـ يحكم بموت المفقود بعد انقضاء سنة تضرب له؛ لاحتمال أسره عند العدو، فإن لم يظهر حاله بعد البحث عنه كان بحكم الميت[٣]، وقد رجح المالكية في هذا القول احتمال قتل المفقود، وهو غالب الحال في الحروب على الأصل في كونه حياً.

٢ ـ يعد المفقود بحكم الأسير، فلا يحكم بموته في حق ماله وزوجته حتى

---

(١) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٨. المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٣٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٦٢.

(٣) وقد اقتصر الشيخ خليل ـ رحمه الله ـ على هذا القول في مختصره. مختصر خليل: ١٥٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٣. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٣. المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٣٣ ـ ٥٣٤.

يمضي عليه من الزمان مالا يعيش إلى مثله، وهو المشهور في المذهب[١]، ومبنى هذا القول أن الأصل فيه الحياة فيحمل عليها، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل.

٣ ـ إن حكم من فقد في الحرب كحكم المفقود في بلاد المسلمين، أي: لا يحكم بموته قبل انقضاء مدة التعمير في حق ماله، أما فيما يخص زوجته التي رفضت البقاء على عصمته فيحكم بموته بعد أربع سنين[٢].

٤ ـ يأخذ المفقود في الحرب حكم من فقد في زمن الفتن فيما يخص زوجته، ويعد مقتولاً، وتبدأ زوجته العدة بعد انتهاء القتال، أما فيما يتعلق بأمواله، فيأخذ حكم المفقود في أرض الإسلام، ولا يقسم ماله إلا بانقضاء مدة التعمير[٣].

وقد بين ابن رشد ـ رحمه الله ـ أن مبنى الأقوال السابقة «على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع»[٤].

الثانية ـ المفقود في أرض العدو زمن السلم: وحكمه حكم الأسير، أي: لا يحكم بموته قبل انقضاء مدة التعمير في حق زوجته وماله على حد سواء، أو تنقضي مدة التعمير، بأن يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالباً، وهذا

(١) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. وينظر: شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٧. المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٣٣ ـ ٥٣٤.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٥. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤٠.

(٣) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤٠.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤٠.

عند عامة فقهاء المالكية(١)، خلافاً لأشهب(٢) الذي رأى أن حكم المفقود في بلاد الحرب زمن السلم، كحكم من فقد في بلاد الإسلام فيما يتعلق بزوجته وماله على حد سواء(٣).

فإذا انقضت مدة التعمير عند جمهور المالكية، ولم يظهر حال المفقود، حكم القاضي بموته، وحينئذ تعتد زوجته ويقسم ماله، وحجة هذا القول في عدم تحديد أجل له كالأجل الذي يضرب لمن فقد في دار الإسلام، أن العدو يقوم غالباً بأسر من يقع تحت يده، فينقطع خبره مع حياته(٤)، فجانب الحياة وهو الأصل يرجح على احتمال الموت.

تلك هي أهم حالات الفقدان وأحكامها من حيث تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عند المالكية، ولكن ما الحكم في حال عدم معرفة الظروف التي أحاطت بالمفقود عند فقدانه، أو في حال الشك بمكان فقده هل كان في بلاد الإسلام أم في بلاد الأعداء؟

أخذ المالكية جانب الاحتياط في مثل هذه الحالات، ورأوا أن تعامل زوجته معاملة زوجة من فقد في دار الحرب في ظروف السلامة(٥).

---

(١) مختصر خليل: ١٥٧. حاشية الصاوي: ٢/ ٢٩٨. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٤. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢.

(٢) **أشهب**: أبو عمر، أشهب بن عبد العزيز بن داود، المصري، الشيخ الفقيه الثبت العالم، ولد سنة ١٤٠هـ، وتوفي بمصر سنة٢٠٤هـ بعد موت الشافعي بثمانية عشر يوماً. شجرة النور الزكية لابن مخلوف: ٥٩.

(٣) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٤. المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٣٣.

(٤) المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣.

(٥) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٤٢. حاشية العدوي: ٢/ ٩٤.

ج ـ الشافعية:

للشافعية قولان في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

ذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ في القديم إلى الحكم بموت المفقود في حق زوجته فقط، بعد مضي أربع سنين تبدأ من يوم انقطاع خبره، وقيل: من اليوم الذي ضربه القاضي لزوجته بالتربص[١].

أما في الجديد الأظهر وهو المعتمد، فلم يفرق الشافعي فيه ـ رحمه الله ـ بين زوجة المفقود وماله، ولا يحكم بموته حتى تقوم بينة تثبت موته، أو تمضي عليه مدة بحيث يغلب على الظن أن مثله لا يعيش إليها عادة، فإذا مضت المدة اجتهد القاضي حينئذ وحكم بموته؛ لأن الأصل بقاء الحياة، ولا يحكم بالموت إلا بيقين، ومضي المدة مع الحكم يقوم مقام البينة المثبتة لموته[٢].

ولكن هل يصار إلى تقدير هذه المدة بزمن معين؟

تعددت الأقوال في ذلك، غير أن الصحيح في المذهب أن لا تقدر بشيء، بل يسند أمر تقديرها إلى اجتهاد القاضي ويكتفى بأن يحصل عنده غلبة الظن بأن المفقود لا يعيش فوق هذه المدة، ولا يشترط القطع بذلك[٣].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٨. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦، ٧/ ٢٥٠.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٩/ ٢٥٤.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. حاشية الجمل: ٤/ ٣٠. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨.

وهناك أقوال بتقديرها، فقيل: بسبعين سنة من يوم ولادته، وقيل أيضاً: بثمانين وتسعين ومئة سنة، وقيل: بمئة وعشرين؛ لأنها العمر الطبيعي عند الأطباء[(١)].

د ـ الحنابلة:

فرق الحنابلة في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بين من فقد في غيبة ظاهرها السلامة وأخرى ظاهرها الهلاك، وفيما يأتي تفصيل أقوالهم في كل قسم:

١ ـ المفقود في غيبة ظاهرها السلامة:

اختلفت الأقوال عند الحنابلة في تحديد المدة في هذه الغيبة على عدة أقوال:

١ ـ المذهب عند الحنابلة أن لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم تسعين سنة من يوم ولادته؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا[(٢)].

وإن فقد وقد بلغ تسعين سنة، اجتهد الحاكم في تقدير المدة التي ينتظرها قبل الحكم بموته[(٣)].

٢ ـ لا يحكم بموته حتى يتيقن موته، أو أن تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها، ومرد ذلك اجتهاد الحاكم؛ لأن الأصل الحياة ـ كما مر ـ ولا يصار إلى التقدير إلا بتوقيف ولا توقيف[(٤)].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨. وينظر: روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥، ٩/ ٢٩٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣٠.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

(٤) يقول صاحب المغني: «وهو المذهب». المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤، ٨/ ١٠٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧.

٣ ـ حددت بعض الروايات المدة بمئة وعشرين سنة، فلا يحكم بموته إلا أن تمضي تلك المدة من يوم مولده[١].

٤ ـ وحددوها في قول أيضاً بأربع سنين؛ لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، غير أن الحنابلة ضعفوا هذا القول ووجهوا ذلك لمن فقد في مهلكة[٢].

٢ ـ المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك:

تعددت الأقوال أيضاً في هذه الحالة على النحو الآتي:

١ ـ يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين دون أن يظهر له خبر؛ لأنها أكثر مدة الحمل[٣]؛ ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره على هذه الصورة يرجح ظن الهلاك، إذ لو كان حياً لما انقطع خبره إلى هذه المدة[٤].

واختلف الحنابلة في تحديد بداية هذه المدة، فقيل تبدأ من يوم انقطاع خبره، وقيل تبدأ من وقت ضرب المدة من قبل الحاكم؛ لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم[٥].

٢ ـ يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين، وحينئذ تعتد زوجته، ولكن لا يقسم ماله إلا بعد انقضاء عدة الوفاة؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته أن تتزوج فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٣.

(٤) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦، ٩/ ٢٨٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣١.

(٥) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٩. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

والقول الأول هو الأصح عند الحنابلة؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فليس ثمة ما يحول دون قسمة ماله[١].

٣ ـ نقل عن الإمام أحمد التوقف في ذلك، وهذا يحتمل الرجوع عن قوله بإنظار مدة أربع سنين، ويحتمل التورع، وذلك بأن تنتظر زوجة المفقود أبداً[٢]، غير أن أكثر فقهاء الحنابلة ذهبوا إلى أن الرواية الأولى هي الرواية الصحيحة في المذهب، ونقلوا عن الإمام أحمد إنكاره رواية من نقل الرجوع عنه، حيث قال: «من ترك هذا القول أي شيء يقول؟» [٣].

وثمة أقوال أخرى في المذهب جعلوا فيها حكم المفقود في غيبه ظاهرها الهلاك، كحكم من فقد في غيبة ظاهرها السلامة، فلا يقضى بموته قبل أن يمضي زمان لا يعيش إلى مثله غالباً، وحددوها في بعض الروايات بتسعين سنة، وقيل بسبعين[٤].

الخلاصة والرأي المختار:

من خلال الأقوال المتقدمة يمكن القول: إن الفقهاء اعتمدوا في تحديد المدة على الاجتهاد والقرائن الدالة على حياة المفقود أو موته، وأكثرهم متفق من حيث النتيجة على تقديرها بمدة من الزمن بحيث يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها عادة، غير أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة، كما اختلفوا في تحديد العمر الغالب الذي يحيا الإنسان لمثله، تبعاً لاختلاف المكان والزمان وتغير متوسط الأعمار من وقت لآخر، ومما أسهم في اختلافهم وجود بعض

---

(١) المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٦٣. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١١٩.

(٤) الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

الأدلة التي استدل بها بعضهم على التقدير ولم يأخذ بها آخرون لعدم دلالتها على تحديد المدة.

ويختار الباحث أخيراً عدم تحديد ذلك بمدة معينة، وتفويض أمر التقدير للقاضي العدل يجتهد في ذلك بناءً على ظروف الفقد والقرائن المحيطة؛ لأن حال المفقود يختلف من مكان إلى آخر، وظروف الفقدان تختلف من حالة لأخرى، كما أن كيفية البحث والوسائل المستخدمة في ذلك تختلف من مكان لآخر ومن شخص لآخر، مما يجعل أمر التحديد بعمر معين لمختلف الحالات في جميع الأزمنة والأمكنة غير دقيق، فما الذي يمنع احتمال أسر من فقد في الاقتتال بين المسلمين؟ وكيف تحتمل السلامة لمن فقد في أرض العدو وإن لم يكن ثمة معركة ولا تُحتمل في الاقتتال بين المسلمين في زمن الفتن؟ فلكل واقعةِ فقدٍ أحوالُها الخاصة وظروفها المحيطة التي ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار، سيما وأن الشارع لم يرد عنه نص صريح الدلالة يوجب التقيد بعمر معين.

وأما عن التفريق بين زوجة المفقود وماله في تحديد المدة، فإن الباحث يرى عدم التفريق بين ماله وزوجته في تحديد الزمن الذي يحكم بعد انقضائه بموته، إذ لا يُستساغ أن يكون المفقود حياً في حق ماله وميتاً في حق زوجته في وقت واحد؛ لأن النكاح أولى من المال في المراعاة حيث يحتاط له[1].

ثالثاً ـ الاختلاف في عمر المفقود:

يحكم بموت المفقود عند بلوغه عمراً معيناً ـ على اختلاف بين الفقهاء في تحديده ـ ويحتسب عمر المفقود من يوم ولادته، هذا إذا كان تاريخ ولادته

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٨/ ٩٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. حاشية البجيرمي: ٤/ ٨٦.

معروفاً ومثبتاً في وثيقة رسمية أو عرفية موثوقة، أو اتفق الشهود على تاريخ واحد، ولكن كيف يصار إلى تحديد تاريخ ميلاده إذا لم يكن مثبتاً بشكل رسمي أو اختلف الشهود في تحديده؟

أجاب المالكية عن هذا التساؤل فقالوا: إذا اختلف الشهود في عمره حين غاب، أُخذ بالأقل احتياطاً وحكم بناءً عليه(١).

فلو شهد البعض بأنه فقد وهو ابن عشرين، وشهد آخرون بأنه فقد وهو في الخامسة والعشرين من العمر، أخذ بالأول؛ لأنه أحوط، وكذا يؤخذ بالأحوط في حال اختلافهم في وقت مغيبه، كما لو قال بعضهم: فقد منذ ثلاث سنوات وشهد آخرون على فقدانه منذ خمس سنين، أخذ بالأول احتياطاً.

وأجاز المالكية للشهود أن يشهدوا بالتقدير دون التحقيق، كأن يقولوا: كان سنة كذا عند غيابه، لا على وجه القطع إنما على وجه التقدير والتخمين لعمره بما يغلب على الظن، وجوازها على هذا الشكل إنما كان للضرورة والتعذر(٢).

رابعاً ـ الحكم بموت المفقود بانتهاء المدة:

إذا مضى الأجل المحدد لعودة المفقود حتى يحكم بموته دون أن يعود، ولم يظهر له خبر، فهل يعد المفقود ميتاً بانتهائه بحيث تبدأ عدة زوجته من تاريخ الانتهاء، ويقتسم الورثة الأحياء ساعتها التركة؟ أم أن موته يتوقف على صدور حكم قضائي بذلك بحيث لا يترتب أي أثر قبل صدور الحكم؟.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إن مضي المدة لا يكفي حتى يعد المفقود ميتاً، بل لابد أن يقترن ذلك بصدور حكم من القضاء بموته، وكذلك فإن الآثار التي تترتب على موت المفقود لا تبدأ إلا من حين صدور هذا الحكم. وهذا قول للحنفية(١)، وقول المالكية في حق زوجة المفقود التي رضيت البقاء في عصمته، وفي حق أمواله(٢)، والقول الصحيح عند الشافعية(٣)، وقول الحنابلة(٤) فيمن فقد في ظروف ظاهرها السلامة في روايتهم التي حددوا فيها للحكم بموته أن تمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، ذلك أن تحديد المدة مرده اجتهاد الحاكم، وهذا يستلزم صدور حكم منه.

وحجة هذا القول أن الحياة هي الأصل، فلا يعدل عنه إلا بيقين، ومن ذلك مضي المدة مع حكم القاضي؛ لأن ذلك ينزل منزلة قيام البينة؛ ولأن عمر رضي الله عنه استأنف الحكم لامرأة المفقود بعد انقضاء مدة التربص التي

(١) رجح ابن عابدين ـ رحمه الله ـ هذا القول؛ لأنه المتبادر المنصوص عليه في المذهب، بدليل ما روي عن الإمام أبي حنيفة من تفويض موته إلى رأي القاضي، فلا يحكم بموته إلا بقضاء. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. وينظر: اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٧. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ٣١٢. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥ ـ ٣٦.

(٢) وهذا قول المالكية في الحالات التي يشترطون فيها مضي مدة التعمير. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. حاشية العدوي: ٢/ ٩٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٤.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. حاشية الجمل: ٤/ ٢٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠.

(٤) المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

فرضها عليها، وقياساً على الحكم بالتفريق بعد انقضاء أجل العنة، فكما أن الحكم بأجل العنة لا يعد حكماً بالتفريق حتى يحكم بها الحاكم، فكذا الحكم بأجل الغيبة لا يعد حكماً بالموت.

القول الثاني: لا يتوقف موت المفقود على صدور حكم قضائي بذلك، ويعد المفقود ميتاً إذا انقضت المدة المحددة دون أن يرجع المفقود، وعندئذ تعتد زوجته وتقسم أمواله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت، وهو أحد أقوال الحنفية[1]، وقول المالكية[2] في حق زوجة المفقود التي ترفع أمرها إلى القاضي وترفض البقاء في عصمته، وهو قول للشافعية[3]، وقول الحنابلة[4] في المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك، وكذلك المفقود في ظروف السلامة في رواياتهم التي حددوا فيها للحكم بموت المفقود مدة معينة، كتسعين سنة أو مئة وعشرين.

وحجة هذا القول: أن ما تقدم من الحكم بتقدير المدة يعد حكماً بالموت بعد انقضاء الأجل؛ لأنه مقصود التقدير.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المالكية لا يشترطون صدور إذن من القاضي كي تعتد زوجة المفقود بعد انتهاء الأجل؛ لأن حكم القاضي بضرب الأجل في بداية المدة ينزل منزلة حكمه بموت المفقود في حق زوجته في حال مضى

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. الدر المنتقى لعلاء الدين الإمام: ١/ ٧١٣ ـ ٧١٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. حاشية العدوي: ٢/ ٩٥. وينظر: مختصر خليل: ١٧٥.

(٣) حاشية الجمل: ٤/ ٢٩. وينظر: الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. الاختيارات العلمية لابن تيمية: ٤/ ٥٨٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٢.

الأجل ولم يرجع ولم يعثر له على أثر[١].

ولا تبدأ مدة الأجل عند المالكية إلا بعد حكم القاضي، فإذا انتظرت المرأة مدة طويلة كعشرين سنة قبل أن ترفع أمرها إلى القضاء فلا أثر لهذا الانتظار، وعليها أن تنتظر مدة أربع سنين من الوقت الذي يصدر القضاء حكماً بذلك بعد اليأس من العثور على المفقود[٢].

وهذا يدل على أن المالكية يشترطون حكم القاضي في هذه الحالة أيضاً، إلا أنهم يقيمون حكمه السابق في بداية الأجل مقام حكمه اللاحق عند نهايته.

والقول الذي يختاره الباحث أن موت المفقود يتوقف على صدور حكم قضائي بذلك، ومضي المدة وحدها غير كاف للقول بموته وترتب الآثار على ذلك؛ احتياطاً لحق المفقود؛ ولأن أصل الحياة لا يعدل عنه إلا بيقين وذلك بحكم القاضي إضافة إلى مضي المدة، وهذا يعطي قدراً كبيراً من الطمأنينة إلى أن المفقود قد مات حقيقة، ثم لما كان تحديد المدة التي يعد المفقود ميتاً بعدها أمراً مختلفاً فيه، فإنَّ حُكْم القاضي يأتي لحسم الخلاف، ويحول دون وقوع كثير من الخصومات والمنازعات بين الورثة؛ لأنه يحدد ورثة المفقود بدقة، كما يحدد أيضاً الوقت الذي تبدأ عدة الزوجة فيه.

الحكم بموت المفقود بانتهاء المدة في القانون: فرق القانون السوري بين من فقد في ظروف ظاهرها السلامة، حيث أطلق ولم يشترط للقول بموت المفقود حكماً قضائياً، ويعد ميتاً عند بلوغه ثمانين سنة.

---

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٤/ ٩١. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٠. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٠.

وأما المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة لها والتي يغلب عليه الهلاك فيها، فقد نص على أنه يحكم بموته بعد انقضاء أربع سنوات من تاريخ فقدانه، ولا يكتفى بمضي المدة[١].

أما القانون المصري فلم يكتف بانقضاء المدة في مختلف حالات الفقدان بل اشترط للقول بموت المفقود صدور حكم قضائي، وقد صرح بذلك في المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، واكتفى في المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية بإصدار قرار من وزير الحربية ينص على أنهم موتى، ويقوم هذا القرار مقام الحكم، أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى القاضي، وهذا يتطلب أيضاً صدور حكم قضائي بذلك. ولا يبدأ ترتب أي أثر من الآثار على موت المفقود إلا بعد صدور الحكم أو القرار، وليس قبل ذلك[٢].

وبذلك يتضح أن القانون المصري أخذ بالاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي، وقد عللت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ذلك بأنه أضبط وأصلح لنظام العمل في القضاء[٣]، وحبذا لو حذا القانون السوري حذو القانون المصري ونص صراحة على عدم ترتب أي أثر من الآثار على موت المفقود إلا بعد صدور حكم قضائي، سيما وأن العمل يجري على ذلك بشكل عملي[٤].

خامساً ـ تاريخ الحكم بموت المفقود:

إذا مضت المدة المحددة للحكم بموت المفقود، وأصدر القاضي حكماً

(١) المادة /٢٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) ينظر: المادة /٢١ ـ ٢٢/ من المرسوم بقانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩.

(٣) ينظر: الأحوال الشخصية للمسلمين: ٢٥.

(٤) ينظر: مقترحات التعديل على قانون الأحوال الشخصية السوري في نهاية هذه الرسالة.

بذلك، فهل ينتج هذا الحكم أثره من ساعة الحكم، أم أن له أثراً رجعياً بحيث يعد المفقود ميتاً من يوم فقده؟

للفقهاء في ذلك اتجاهان رئيسيان:

الاتجاه الأول: فرق في تحديد تاريخ موت المفقود بين ماله وزوجته من جهة، ومال غيره من جهة أخرى، فيعد المفقود ميتاً من يوم صدور الحكم في حق ماله وزوجته، فيقسم المال بين ورثته الأحياء ساعة الحكم دون من مات من ورثته قبل ذلك، وتعتد زوجته بدءاً من ذلك اليوم أيضاً.

أما في حق مال غيره، أي في المال الذي يستحقه من الآخرين من وصية أو إرث، فيعد ميتاً من يوم الذي فقد فيه إلا أن تثبت وفاته في وقت محدد لاحق. وهذا قول الحنفية، وهو ناشىء عن قولهم: إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره، وحجتهم في ذلك ـ كما مر ـ الاستصحاب، وهو حجة دافعة لا مثبتة، أي تدفع ثبوت حق الغير في ماله، ولا تثبت له حقاً في مال غيره[1].

الاتجاه الثاني: حدد لموت المفقود تاريخاً واحداً، هو ساعة صدور الحكم بموته، فلا يعد المفقود ميتاً قبل انقضاء زمن التربص وصدور الحكم عند من اشترطه؛ وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة في المذهب[2]، وثمة رواية عند الحنابلة ذهبوا فيها إلى ثبوت حكم الموت من حين فقده[3].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. وينظر: العناية للبابرتي: ٨/ ١٤٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨.

(٢) ينظر: حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٨. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨ ـ ٤٩. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٢. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٧ ـ ١٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥ ـ ٤٦٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨.

(٣) القواعد لابن رجب: ٣٤١ ـ ٣٤٢. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

وثمرة الخلاف تظهر فيما وقف من نصيب للمفقود من ميراثه من الغير عند انقضاء مدة الانتظار دون ظهور المفقود أو الوقوف على معرفة حاله، فعند الحنفية يرد المال الموقوف إلى ورثة الميت الأول؛ لأن المفقود يعد ميتاً من يوم فقده إلا أن يظهر خلاف ذلك(١).

وعند الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة في قول، يرد الموقوف أيضاً إلى ورثة المورث الأول؛ لا لأن المفقود يعد ميتاً ساعة فقده، بل لأن الشك في حياته يوجب التوقف عن صرف نصيبه من الميراث، ويعد أحد الموانع من التوريث(٢).

وذهب الشافعية في قول، والحنابلة في المذهب، إلى أن ما وقف له يعد كبقية ماله؛ لأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء مدة الانتظار(٣).

والرأي المختار أن تاريخ موت المفقود هو ساعة انتهاء المدة المقدرة، أو عند صدور الحكم بموته ـ على اختلاف الفقهاء في تحديد المدة أو اشتراط صدور حكم قضائي ـ ؛ لأن هذا القول يحول دون الوقوع في التناقض، من

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. وينظر: مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧ ـ ٤٨٨. حاشية العدوي: ٢/ ٢٨٦. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨ ـ ٤٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٧ ـ ١٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٤. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٣) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥ ـ ٤٦٦. المحرر لابن تيمية عبد السلام: ١/ ٤٠٧. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٣. الكافي لابن قدامة: ٢/ ٥٦٦.

خلال القول إنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره، إذ أن القول بأنه ميت يقتضي عدم وقف أي نصيب له من ميراثه من الغير، وأن تعتد زوجته ويقسم ماله، مع أن حياته محتملة بدليل الاتفاق على أن زوجته لا تتزوج ولا يقسم ماله خلال مدة الانتظار وقبل الحكم؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل في المفقود بقاء حياته، فيستمر حكم الحياة حتى يقوم الدليل على خلافها.

وقد أخذ القانون السوري برأي الجمهور، ومع أنه لم ينص على ذلك صراحة في مواده القانونية إلا أن ذلك يبدو من خلال اجتهادات محكمة النقض فقد جاء في أحدها ما يأتي: «إن المفقود يعتبر ميتاً بتاريخ صدور حكم القاضي باعتباره كذلك حتى لو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد مرور أكثر من أربع سنوات على الفقدان حملاً على أن الحكم هو الذي حدد حالة المفقود وأحدث تغييراً فيها من الفقدان إلى الموت»[1].

ولابد من الانتباه هنا إلى أن ذلك لا يفيد استحقاق المفقود للنصيب الموقوف له من تركة مورثه؛ لأن القانون نص صراحةً على رد تلك الحصة إلى ورثة مورثه، إضافة إلى أن استحقاق الإرث يشترط فيه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث[2].

❐ ❐ ❐

(١) الاجتهاد رقم /١٢٤٠/ ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية للاستانبولي: ١/ ٧٦٥.

(٢) ينظر: المادتان /٣٠٢ ـ ٢٦٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الفصل الثاني

الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

المبحث الأول

الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته

*** المطلب الأول ـ التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج:**

إذا غاب الزوج وانقطع خبره، ولم يُدر أَحَيٌّ هو أم ميت، أو فقد في ميدان القتال فلم يعرف حاله أبين الأسرى هو أم بين القتلى، أو فقد في أي ظرف آخر، فهل تملك الزوجة أن تطلب من القاضي فسخ نكاحها كي تستطيع الزواج من غيره؟ أم أنها ملزمة بالصبر على غيبة زوجها المنقطعة، وليس لها حق في طلب الفرقة منه بحال إلا أن يموت أو تثبت وفاته بالدليل الشرعي؟

قبل بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة، لا بد من الانتباه إلى أن حكم القاضي بالتفريق، وحصول المرأة على الفرقة إنما هو مبني على الحكم بموت المفقود وعلى معرفة المدة التي يتوجب على الزوجة أن تمكثها في عصمة زوجها المفقود قبل أن يحكم بموته طبق التفصيل الذي ذكرناه.

أولاً ـ أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد:

اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق للزوجة بسبب الفقد على القولين الآتيين:

القول الأول: لا يفرق بين المفقود وزوجته، ولا ينحل عقد الزواج حتى يثبت طلاقه أو موته بيقين، أو يحكم القاضي بموته بعد مضي المدة المحددة

لذلك ـ على اختلاف بين الفقهاء كما مر ـ وهو قول الحنفية(١)، والشافعية في الجديد(٢)، والحنابلة في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة(٣)، والظاهرية(٤)، والزيدية(٥)، والمشهور عند الإمامية(٦).

وهذا إذا كان للمفقود مال ظاهر تنفق الزوجة منه على نفسها قدر كفايتها، أو أن يوجد من أوليائه من يقوم بالانفاق عليها، فإن لم يوجد فإن المسألة تدخل في فرع آخر، هو التفريق لعدم الإنفاق، وقد سبق بيانه في الباب الأول من هذه الرسالة.

القول الثاني: تتربص زوجة المفقود أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة وتتزوج، وهذا قول المالكية في المفقود في أرض الإسلام في ظروف السلامة،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. الحجة للشيباني: ٤/ ٤٩. اختلاف العلماء للمروزي: ١٤٢.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٢٥٣. حاشية البجيرمي: ٤/ ٨٦. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣١٦. المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٢.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٧. مطالب أولي النهى: ٥/ ٥٦٨.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٦. والظاهرية يقولون بعدم فسخ النكاح أبداً، وتبقى زوجة المفقود امرأته أبداً حتى يصح موته أو تموت هي.

(٥) البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥.

(٦) مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢ ـ ٩٦. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣٠٨. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٥. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨.

وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو زمن السلم أو الحرب[١]، وقول في القديم[٢]، والحنابلة فيمن فقد في ظروف ظاهرها الهلاك[٣]، وقول الإباضية، وأحد أقوال الإمامية[٤].

وسبب اختلاف الفقهاء في هذه المسالة ناشيء عن تعارض الآثار الواردة في ذلك من جهة، والتعارض بين استصحاب الحال والقياس من جهة ثانية، ذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا يرتفع عقد النكاح إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على خلاف ذلك، وأما القياس فهو تشبيه ما يلحقها من ضرر بسبب فقدانه بتضررها في حالتي الإيلاء أو عُنَّة الزوج، فكما ملكت خيار التفريق في هذين فإنها تملكه في حالة فقدان زوجها[٥].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٣. شرح الخرشي: ٤/ ١٤٩ ـ ١٥٤. المنتقى للباجي: ٩٠ ـ ٩١. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٨. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٧. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٥، ٥٠٦. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤ ـ ١٤٥. ويشترط المالكية لذلك أن ترفض الزوجة البقاء في عصمته، فإن رضيت لم يفرق بينه وبينها حتى يثبت طلاقه لها أو موته، أو أن يحكم القاضي بموته، أما بقية أقسام المفقود عند المالكية فقد مر بيانها عند الحديث عن الحكم بموت المفقود والمدة المحددة لذلك، فلا حاجة للإعادة.

(٢) الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٦. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٥٢. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ١٤٨.

(٣) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٨. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٧. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٨. القواعد لابن رجب: ٤١٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦.

(٤) شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٣٨ ـ ٤٠. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢ ـ ٩٦.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد «الحفيد»: ٢/ ٣٩. وينظر: الوسيط للغزالي: ٦/ ١٤٨.

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل جمهور الفقهاء على عدم التفريق بين المفقود وزوجته بسبب فقده حتى يثبت يقين موته أو طلاقه لها، بالسنة والآثار والمعقول.

١ ـ السنة:

استدلوا بحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه[١] أن رسول الله ﷺ قال: **«امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»**[٢].

وجه الدلالة: قوله ﷺ: **«حتى يأتيها البيان»** وهذا يدل على وجوب بقائها في عصمته، وأن لا يفرق بينهما حتى يتبين موته أو طلاقه لها، ولو كان التفريق جائزاً بعد مدة معينة لحدد ذلك في الحديث.

٢ ـ الآثار:

استدلوا لعدم التفريق بآثار عديدة، أذكر منها:

أ ـ ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها البيان»، وروي عنه

---

(١) **المغيرة بن شعبة:** المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي، أسلم قبل عمرة الحديبية وشهدها، حدث عن النبي ﷺ، كان يقال له مغيرة الرأي، وكان من دهاة العرب، شهد اليمامة وفتوح الشام والعراق، ولاه عمر الكوفة، ولما قتل عثمان اعتزل القتال إلى أن حضر مع الحكمين، ثم بايع معاوية بعد أن اجتمع الناس عليه، ثم ولاه بعد ذلك الكوفة فاستمر على إمرتها حتى مات سنة ٥٠هـ. الإصابة لابن حجر: ٦/ ١٩٧.

(٢) أخرجه الدار قطني في السنن: ٣/ ٣١٢، كتاب النكاح، باب المهر، حديث: ٢٥٥، بلفظ (حتى يأتيها الخبر). والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، حديث: ١٥٣٤٢. والفردوس بمأثور الخطاب للديلمي، حديث: ١٤٧٣.

قـوله: «فلتصبـر حتى يستبين موته أو طلاقه»[١].

ب ـ ما روي أن ابن مسعود رضي الله عنه وافق علياً على أن تنتظره أبداً[٢].

ج ـ ما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه كتب في امرأة المفقود تلوم ـ أي تنتظر ـ وتصبر[٣].

فالآثار السابقة تدل على أن زوجة المفقود تبقى في عصمته ولا يفرق بينها وبينه إلا إذا ثبت موته أو طلاقه لها، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف[٤]، بل حمل الحنفية قول علي رضي الله عنه بأنها امرأة ابتليت فلتصبر. . . على أنه

(١) هكذا أورد الفقهاء أثر علي رضي الله عنه، ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. أما في الكتب الحديثية فقد ورد بلفظ: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق» أو «حتى يأتيها يقين موته». ينظر: المصنف لعبد الرزاق: كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٣٢. وهذه الرواية أخرجها البيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بين الصداق وبين امرأته، رقم: ١٥٣٥١. ولكنه جاء بها دون إسناد، وأخرج هذا الأثر أيضاً سعيد بن منصور في كتاب السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٨. بلفظ «إذا فقدت المرأة زوجها، فلا تتزوج حتى تستبين أمره». وثمة رواية أخرى في مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٣١ بلفظ: «تتربص حتى يعلم أحي هو أم ميت». وهو عند الشافعي في مسنده، كتاب العدد: ٣٠٣. وفيه أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود لا تتزوج، وأخرج اللفظ الأخير البيهقي أيضاً، كتاب العدد، باب من قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، رقم: ١٥٣٣٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٣٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، رقم: ١٥٣٤١. وينظر: تاريخ ابن معين، رقم: ٤٦١٧.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨.

خرج بياناً لقول رسول الله ﷺ في الحديث: «**حتى يأتيها البيان**». أي البيان الذي يكون إما بالموت أو الطلاق[١].

٣ ـ القياس على الزوجة المفقودة:

فكما أن الزوجة إذا غابت وخفي خبرها فليس للحاكم أن يحكم بموتها من أجل إباحة أختها لزوجها ونكاح أربع سواها، فكذلك غيبة الزوج[٢].

٤ ـ المعقول: وفيه وجهان:

أ ـ إن النكاح بين المفقود وزوجته ثابت بيقين بدلالة استصحاب الحال، والغيبة لا توجب الفرقة، إنما يوجبها وفاته، وموت المفقود أمر محتمل يعتريه الشك، والقاعدة الشرعية تقول: «اليقين لا يزول بالشك»[٣]؛ وتقول: «الأصل بقاء ما كان حتى يظهر خلافه»[٤]، فعملاً بالثابت واليقين ترك الأمر حتى يتبين الحال ببينة معتبرة[٥].

---

(١) ينظر: العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٦ ـ ١٤٧. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٥٠. المنثور في القواعد للزركشي: ٢/ ٢٨٦. غمز عيون البصائر للحموي: ١/ ١٩٣. درر الحكام لحيدر: ١/ ٢٢.

(٤) هذه القاعدة تندرج في قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٥١. الكوكب المنير لابن النجار: ١١.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. وينظر: الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٧. الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. البيان للعمراني: ١١/ ٤٦. الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠. سبل السلام للصنعاني: ٢/ ٣٠٣. البحر الزخار: ٤/ ٣٥.

ب ـ إن النكاح حق المفقود، وهو حي في إبقاء ملكه وحقه عليه باستصحاب الحال، ويلزم عن القول من تمكين زوجته من الزواج بغيره أن يحكم بموته ضرورةً؛ لأن المرأة لا تحل لزوجين بآن معاً، وإذا حكم بموت المفقود فيما يخص زوجته لاقتضى أن يقسم ماله بين ورثته، وهذا ممتنع ما لم تقم بينة على موته، وعدم الحكم بموته في حق ماله دون بينة يفيد عدم جواز ذلك في حق زوجته إذ ليس ثمة فارق[1].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بأن تتربص زوجة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة، بالقرآن الكريم والآثار والإجماع والقياس والمعقول.

١ ـ القرآن الكريم:

استدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[البقرة: ٢٣١]، وجه الدلالة: إن في حبس الزوجة عليه وهو مفقود إضراراً بها، والآية نهت عن إمساكها على هذه الحال[2].

٢ ـ الآثار: وذلك بآثار عديدة منها:

أ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. وينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨.

(٢) ينظر: الحاوي للماوردي: ١١/ ٣١٦.

تحل»[١]، وروي أيضاً عن عمر أنه قضى في امرأة المفقود بأن تتربص أربع سنين ثم تعتد، ثم يطلقها ولي زوجها، ثم تتربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج[٢]، وروي أن عمر أمر امرأة المفقود الذي سبته الجن بالتربص أربع سنين ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج[٣].

ب ـ ما روي عن عمر وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قضيا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر ثم تتزوج[٤].

ج ـ ما روي عن ابن عباس[٥] وابن عمر رضي الله عنهما، أنهما تذاكرا امرأة

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ: ٢/ ٤٥٠، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، رقم: ٥٢. وهو في المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٣ ـ ١٢٣٢٤. وعند سعيد بن منصور في كتاب السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٢ والبيهقي، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين، رقم: ١٥٣٤٣. وينظر: الاستذكار لابن عبد البر: ١٧/ ٣٠٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين...، رقم: ١٥٣٤٦.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٠. وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب النكاح، باب امرأة المفقود: من قال ليس لها أن تزوج. ٣/ ٥٢١ ـ ٥٢٢. وسعيد بن منصور في كتاب السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٤ والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين..، رقم: ١٥٣٤٦.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب النكاح، باب امرأة المفقود، من قال ليس لها أن تزوج: ٣/ ٥٢١. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣١٧. والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين..، رقم: ١٥٣٤٤.

(٥) **ابن عباس**: (٣ق.هـ، ٦٨هـ)، عبدالله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي، أبو العباس، حبر الأمة، الصحابي الجليل، ولد بمكة، ونشأ في بدء عصر النبوة، ولازم =

المفقـود فقالا: «تربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة»[١].

وجه الدلالة: من الآثار السابقة ظاهر في أن زوجة المفقود تنتظر مدة أربع سنين، ثم تعتد وتتزوج غيره ما دامت غير راغبة البقاء تحت عصمته.

٣ ـ الإجماع:

حيث حكم أمير المؤمنين عمر وغيره من الصحابة الكرام رضي الله عنهم بأن امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد، وكان ذلك على مرأى من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم بل وافقه كما مر في الآثار السابقة عدد منهم، فكان سكوتهم على حكمه موافقة ضمنية له، وهذا إجماع سكوتي منهم على صحة قضائه[٢].

٤ ـ القياس:

أ ـ القياس على العُنَّة والإيلاء[٣] والإعسار، فإذا جاز الفسخ من أجل العنة

= رسول الله ﷺ، وروى عنه (١٦٦٠) حديثاً، وشهد مع علي الجمل وصفين، وكف بصرة آخر عمره فسكن الطائف وتوفي فيها، قال ابن مسعود: نعم ترجمان القرآن ابن عباس. الأعلام للزركلي: ٤/ ٩٥. حلية الأولياء لأبي نعيم: ١/ ٣١٤ـ٣٢٩.

(١) أخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٦. وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته: ٤/ ١٤٣. والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين..، رقم: ١٥٣٤٦.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧. وينظر: الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٦٥. الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٨٠٠ ـ ٨٠١.

(٣) الإيلاء: هو الحلف في اللغة، وفي الاصطلاح: اسم ليمين يمنع المرء بها نفسه عن =

والإيلاء، وهي لم تفقد إلا الوطء، وجاز بسبب الإعسار، وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع، فَلأَن يجوز بغيبة المفقود وهو جامع بين فقد الاستمتاع والعِشْرة والنفقة أولى(١).

ب ـ القياس على المولي والعنين في تحديد المدة (قياس الشبه)(٢): وبيان ذلك أن المدة أخذت الأربع من الإيلاء والسنين من العنة، فالعنين يفرق بينه وبين امرأته بعد انقضاء سنة رفعاً للضرر عنها، ويفرق بين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها، غير أن عذر المفقود أظهر من عذر المولي والعنين، فيتعين في حقه المدتان في التربص، فيصار إلى جعل السنين مكان

= وطء زوجته. ينظر: لسان العرب، مادة: ألا. طلبة الطلبة للنسفي: كتاب الطلاق، مادة: ولي. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٨٥.

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٨٠٠ ـ ٨٠١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣١٧. البيان للعمراني: ١١/ ٤٥. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٤٠.

(٢) قياس الشبه: هو أضعف أنواع القياس، وقد اختلف فيه، ويرى علماء الأصول أن هذا القياس هو من أغمض مسائل الأصول، والشبه: هو الوصف الذي لا تظهر المناسبة فيه بعد البحث التام، ولكن أُلف من الشارع الالتفات إليه في بعض الأحكام، وقيل: هو الجمع بين الأصل والفرع بوصف يوهم اشتماله على الحكمة المقتضية للحكم من غير تعيين. ينظر: شرح الإسنوي: ٣/ ٨٥. الإحكام للآمدي: ٢/ ٢٥٧. إرشاد الفحول للشوكاني: ٣٧١. روضة الناظر لابن قدامة: ١/ ٣١٢. اللمع للشيرازي: ١٠١. البرهان للجويني: ٥١٤، ٥٦١. المعتمد للبصري: ٢/ ٢٩٨. المنخول للغزالي: ٣٧٨. قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني: ٢/ ١٦٤. الوسيط في أصول الفقه، د. الزحيلي: ٢٢٠.

الشهور، وتتربص الزوجة مدة أربع سنين عملاً بالشبهين[١].

ويمكن أن يستفاد أيضاً لتحديد المدة من قياس الشبه على عدة الوفاة، فالسنوات الأربع تناسب الأشهر الأربعة المحددة لعدة المتوفى عنها زوجها، والجامع بينهما أن كلا الزوجين غائب، أحدهما غياب موت، والآخر غياب مجهول، فيصار إلى مضاعفة الأربعة أشهر بحيث تصل إلى أربع سنوات، وكأن الغياب المجهول قد حُوِّل بهذا التطويل إلى غياب موت.

٥ ـ المعقول:

وفيه أن المفقود لو كان حياً لظهر أمره وعرف خبره في هذه المدة بعد البحث والسؤال عنه، والأحكام تبنى على الظاهر فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته[٢].

المناقشة:

مناقشة أدلة القول الأول:

١ ـ اعترض أصحاب القول الثاني على الاستدلال بحديث المغيرة بأنه ضعيف، ولم يثبت ولم يروه أحد من أصحاب السنن، والحديث منكر[٣] عند

---

(١) هذا الاستدلال أورده الحنفية في كتبهم خلال عرضهم لدليل المخالف. ينظر: فتح القدير والعناية شرح الهداية: ٦/ ١٤٦. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦١. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١.

(٢) المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩١. المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٧.

(٣) اختلفت عبارات العلماء في تعريف الحديث المنكر، فقيل: هو ما رواه الضعيف مخالفاً للثقة، وقيل هو ما تفرد به راويه خالف أم لم يخالف ولو كان ثقة. منهج النقد في علوم الحديث، د. العتر: ٤٣٠.

علماء الحديث؛ لأن في اسناده محمد بن شرحبيل[١] وهو متروك الحديث يروي مناكير وأباطيل، وفي إسناده أيضاً سوار بن مصعب[٢] وهو أشهر في المتروكين من محمد بن شرحبيل[٣].

وقد رد الحنفية هذا الاعتراض ورأوا بأن هذا الحديث وإن كان ضعيفاً إلا أنه يصلح مرجحاً لا مثبتاً للحكم بالأصالة، وقد وجد ما يرجح الحديث، وهو قول علي رضي الله عنه، فلما اختلف قول عمر وعلي رضي الله عنهما، ترجح قول علي بهذا الحديث[٤].

٢ ـ إن ما روي من الآثار عن علي رضي الله عنه فبعضها غير مسند، وبعض ما أسند منها غير متصل، وما اتصل منها فغير قوي، بل هو معارض ببعض الروايات المسندة عن علي رضي الله عنه التي تقول بالتفريق بعد أربع سنين، وما دامت الروايتان قد تعارضتا عن علي رضي الله عنه، فلا أقل من أن يقال:

---

(١) **محمد بن شرحبيل**: روى عن المغيرة بن شعبة، وروى عنه سوار بن الأشعث، كان متروك الحديث يروى أحاديث بواطيل مناكير. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٦/ ١٨٤. الجرح والتعديل للرازي: ٧/ ٢٨٥.

(٢) **سوار بن مصعب**: الهمداني الكوفي أبو عبدالله الأعمى، قال البخاري: كان منكر الحديث، وقال النسائي وغيره: متروك، وقال أبو داود: ليس بثقة، مات سنة بضع وسبعين ومائة. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: ٣/ ٣٤٣. الكامل في ضعفاء الرجال للجرجاني: ٣/ ٤٥٤.

(٣) علل ابن أبي حاتم: ١/ ٤٣١. نصب الراية للزيلعي: ٤/ ٣٨٥. التلخيص الحبير لابن حجر: ٣/ ٢٣٢. الدراية لابن حجر: ٢/ ١٤٣. وينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٦. سبل السلام للصنعاني: ٢/ ٣٠٤. التعليق المغني على الدارقطني: ٢/ ٣١٢.

(٤) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٦.

إنهما تساقطتا وسقط الاحتجاج بهما، ولو سلم بصحة الرواية عن علي، فإنها تحمل على أنها كانت قبل انعقاد الإجماع على حكم عمر رضي الله عنه[1].

وقد حمل الحنابلة رواية علي التي تنص على وجوب صبر الزوجة حتى يتبين موت المفقود، على من فقد في غيبة ظاهرها السلامة، أما الرواية الثانية التي تحدد مدة الانتظار بأربع سنين فحملوها على المفقود في ظروف ظاهرها الهلاك جمعاً بين الروايتين[2].

وما جاء من الآثار عن علي رضي الله عنه على أي حال، إنما هو قول صحابي فيما هو محل للاجتهاد فلا إلزام فيه.

٣ ـ أما استدلالهم بالمعقول فقد نوقش بما يأتي:

أ ـ يرد على قولهم: إن النكاح ثابت بيقين ولا يزول بالشك، بأن حياة المفقود ونكاحه ثابت بالأصل إلا أن الظاهر عارض الأصل، ذلك أن خفاء أثره وعدم الوقوف على خبره طيلة هذه المدة يرجح احتمال موته على احتمال حياته، ولذلك يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل لهذه القرينة[3].

ويرد على قولهم إن موت المفقود أمر مشكوك فيه، أن الشك هو ما تساوى فيه الأمران[4]، أما وقد وجدت قرينة وهي انقطاع الخبر وطول الانتظار دون الوقوف على أمر حياته رغم البحث والتحري ـ خاصة في حال الغيبة التي ظاهرها الهلاك ـ فإن الأمر لم يبق متساوياً؛ لأن الهلاك غدا راجحاً

---

(١) المنتقى للباجي: ٤/ ٩١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٠. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٢٦.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧.

(٣) القواعد لابن رجب: ٤٢١. وينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٦٤.

(٤) ضوابط المعرفة للميداني: ١٢٥.

وانتقل بذلك من رتبة الشك إلى الظن، والظن يقوم مقام العلم في الأحكام العملية[١].

ويرد على قولهم: إن الحياة أصل فلا يعدل عنها إلا بدليل، بأن العدول عن أصل الحياة تُرِكَ بدليل اتفاق الصحابة الكرام رضي الله عنهم على تزويج امرأته[٢].

ب ـ ويجاب عن قولهم لو حكم بموت المفقود فيما يخص زوجته لوجب أن يقسم ماله بين ورثته وهذا ممتنع دون بينة، بأن هناك فرقاً بين بقاء الإرث دونما قسمة وبقاء الزوجة دون زوج، فبقاء الأول لا يترتب عليه إضرار كبير بالمرأة أو الورثة؛ لأنه إذا ظهر ميتاً فإن حق الزوجة والورثة محفوظ، وإذا ظهر حياً، فليس لهم أن يأخذوا ماله، وهذا لا ضرر فيه عليهم، غير أن الضرر يبدو في إبقائها مدة غير معلومة دون زوج يعفها، وهذا ضرر بيِّن.

مناقشة أدلة القول الثاني:

١ ـ يمكن أن يجاب عن الاستدلال بالآية التي تنهى الأزواج عن إمساك الزوجات بقصد الإضرار، بأن الزوج إذا كان مفقوداً، فليس ثمة ما يدل على تعمده الإضرار، والآية إنما تنهى الرجل الحاضر عن حبس المرأة ومراجعتها قاصداً الإضرار بها[٣]، وهذا غير ظاهر في حالة المفقود.

---

(١) ينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧. والقاعدة الفقهية تقول: الظن كاليقين في الشرعيات والعمليات. ينظر: منح الجليل لعليش: ١/ ١٤٨.

(٢) المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣/ ١٠٣. أحكام القرآن للشافعي: ٢٢٦. تفسير الطبري: ٢/ ٤٨٠. تفسير الجلالين: ٥٠. أحكام القرآن للجصاص: ٢/ ٩٩. زاد المسير لابن الجوزي: ١/ ٢٦٧. فتح القدير للشوكاني: ١/ ٢٤٢.

٢ ـ اعترض الجمهور على الاستدلال بما جاء عن عمر رضي الله عنه بأن امرأة المفقود تنتظر أربع سنين ثم تعتد، بأنه مردود؛ لأن عمر رضي الله عنه رجع عنه، وقال: هي زوجته حتى يأتيها بيان موته، موافقاً علياً في ذلك[١].

وقد رد الحنابلة هذا الاعتراض بأن عمر رضي الله عنه لم يرجع عن قوله، وأثر عمر هو أحسن تلك الأدلة، يقول صاحب المغني: «قيل لأبي عبدالله: تذهب إلى حديث عمر؟ قال: هو أحسنها، يروى عن عمر من ثمانية وجوه، ثم قال: زعموا أن عمر رجع عن هذا، . . . . . قلت فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا، قال: لا، إلا أن يكون إنسان يكذب»[٢].

ويؤيد قول الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ أن كتب الأحاديث والآثار لم تنقل أن عمر رضي الله عنه رجع عن قوله، وهذا ما أكده ابن حجر ـ رحمه الله ـ عندما قال: «وأما رجوع عمر فلم أره»[٣].

٣ ـ أما دعوى الإجماع على ما قضى به عمر فغير مسلَّم بها، فقد روي عنه الرجوع عنه، ثم كيف ينعقد الإجماع وقد روي عن علي وابن مسعود[٤]

---

(١) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٧. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦١. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥ ـ ٣٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٧.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٠.

(٣) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٤٣.

(٤) ابن مسعود: عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب، أبو عبد الرحمن، من السابقين إلى الإسلام، أول من جهر بقراءة القرآن الكريم، روى (٨٤٨) حديثاً، توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ. الإصابة لابن حجر العسقلاني: ٤/ ٢٣٣.

ـ رضي الله عنهما ـ خلافه، كما روي عن رسول الله ﷺ في حديث المغيرة خلافه أيضاً؟ فلا يصح مع هذا الخلاف القول بحصول الإجماع.

٤ ـ إن الاستدلال بقياس امرأة المفقود على امرأة العنين والمولي والمعسر غير صحيح؛ لأنه قياس مع الفارق، فالتفريق في العنة والإيلاء لرفع الظلم عن المرأة، وهذا المعنى غير متحقق في المفقود وهذا يبطل القياس، وبيان ذلك:

إن الإعسار ذاته موجب للفسخ، وكذا العنة؛ لأنها إذا استمرت سنة مع صاحبها كانت طبيعة لصاحبها وقلما يبرأ منها، وبذلك يفوت حق المرأة في الوطء على التأبيد؛ فيفرق بينها وبين زوجها العنين بعد مضي عام دفعاً للضرر والظلم عنها.

وكذلك الإيلاء فإنه طلاق معجَّل غير أنه يعد في الشرع مؤجَّلاً فكان موجباً للفرقة وحده، فإذا مضت مدة الإيلاء، ولم يفيء الزوج تطلق زوجته على اختلاف بين العلماء؛ لأن في بقائها معه إضراراً بها ومنعاً لحقها؛ لأنها تغدو كالمعلَّقة.

أما امرأة المفقود، فإن حقها مرجو، لأن زوجها ترجى عودته مهما طالت مدة غيابه، إذ الغيبة تعقبها الأوبة كما أنه لا ظلم من الزوج، ولم يظهر منه طلاق لا معجَّل أو مؤجَّل، ومن ثم لا يقاس ما هو مظنون على ما هو يقيني، ومعنى ذلك عدم صحة إنزال الفقدان منزلة الإعسار أو العنة، مما يمنع صحة قياس زوجة المفقود على زوجة المولي والعنين والمعسر[1].

---

(١) ينظر: الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨١. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٦/ ١٤٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٥. الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٧.

الرأي المختار:

بعد عرض أوجه المناقشة لما استدل به الأئمة كل لقوله، لا بد لبيان الرأي المختار من مراعاة الأحوال المختلفة لظروف الفقدان بحيث يتوجب أن يكون لكل حالة من حالات الفقد المختلفة حكمٌ يناسبها ويتلاءم معها.

وبناء على ذلك يرى الباحث عدم التفريق بين المفقود وزوجته بحجة الفقد، وبالتالي عدم الحكم بوفاته إذا فقد في ظروف تغلب فيها السلامة قبل أن يتبين أمره، أو أن تمضي مدة من الزمن يغلب على الظن أنه قد توفي فيها ويوكل أمر تقدير هذه المدة إلى اجتهاد القاضي على أن لا تقل عن أربع سنين ـ وهي المدة التي قدرت للحكم بموت المفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها ـ ذلك أن النكاح مستمر بدلالة استصحاب الحال، وهو ثابت بيقين، وما قيل من احتمال وفاته قبل أربع سنين من فقده إنما هو في رتبة الشك ولم يرتق إلى مرتبة الظن، بل هو إلى الوهم أقرب بدلالة فقدانه في ظروف يغلب عليه السلامة فيها، وهذه قرينة ترجح احتمال حياته.

ثم إن الحكم بوفاة الزوج دون بيِّنة فيه إضرار كبير بالزوج وتفويت منافع كثيرة عليه، ومن ذلك قسمة أمواله، وحل زوجته لغيره بعد انقضاء عدتها، ولا بد للحكم بوفاته وترتب هذه الآثار على ذلك من دليل قاطع أو ظني، وليس ثمة دليل إلا احتمال متوهم أو مشكوك فيه، ولا تبنى الأحكام في الشريعة على الوهم والشك.

إضافة إلى ذلك فإن الضرر غير كبير في القول بعدم التفريق بحجة الفقد، وغاية ما يمكن أن يقال هنا أن زوجته قد تتضرر بفقده لبعده عنها وفوات حقها من الوطء.

والجواب عن هذا بيِّن، فالزوجة إذا تضررت من غياب زوجها المفقود، وخشيت ارتكاب الفاحشة، فإنها تملك رفع هذا الضرر عنها من خلال طلب التفريق للغيبة، ويجيبها القاضي إلى ذلك بناءً على الرأي الذي رأيت اختياره في الباب الأول من هذا البحث.

وكذلك إذا لم يترك لها نفقة فإنها تملك الحق في رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق لعدم الإنفاق رفعاً للضرر عنها، ويجيبها القاضي إلى ذلك؛ لأن عدم الإنفاق يعد كافياً للتفريق على الرأي الذي رأيت اختياره في الباب الأول من هذا البحث أيضاً.

وبذلك يتضح أن الضرر اللاحق بالزوجة يمكن أن يرفع بسبل أخرى سوى الحكم بموته، وهذا القول فيه احتياط لحق المفقود دون إضرار بحق الزوجة.

أما الزوج المفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، فإن الباحث يرى ضرورة التفريق بين من توافرت الأدلة والقرائن على هلاكه، كمن انفجرت به الطائرة التي كان يستقلها، وبين من اختفى في ظروف مهلكة دون أدلة ترجح موته، ففي الحالة الأولى يحكم بموته بعد استقصاء الوسائل الممكنة من البحث والتقصي واليأس منه، أما في الحالة الثانية فيحكم بموته وبالتالي تحصل الفرقة بعد مضي مدة أربع سنوات بعد بذل الوسع واستنفاذ مختلف الوسائل الممكنة للبحث عنه وكشف حاله؛ لأن موته والحالة هذه لم يعد في مرتبة الشك وحسب، بل إن ظروف الفقدان التي يغلب عليه الهلاك فيها، إضافة إلى البحث والتحري عنه وانتظاره مدة غير يسيرة قد ارتقى برتبة الشك في موته إلى الظن أو الظن الغالب الذي يعد دليلاً تبنى الأحكام عليه، وذلك خلافاً لمن فقد في ظروف يغلب عليه السلامة فيها، فلا يصح أن يقال: إن الظن يفيد حصول الفرقة

المبنية على الحكم بموته، لأن غلبة السلامة قرينة للحياة، فلا يصح أن يغلب على الظن خلافه، ويبقى أمر هلاكه في حيز الاحتمال والشك لا أكثر من ذلك.

وهذا القول الذي ارتأيته يجمع ويوفق بين الأدلة المتعارضة، فتحمل الأدلة التي قضت بالموت وحصول الفرقة بعد أربع سنين على من فقد في ظروف الهلاك، أما الأدلة الأخرى التي قضت في امرأة المفقود بأنها امرأته حتى يأتيها البيان، أو أن تمضي مدة لا يعيش الزوج إلى مثلها عادة، فتحمل على من فقد في ظروف ظاهرها السلامة.

ولا شك أن من رجحت القرائن موته لا يندرج تحت الأدلة المتعارضة في هذه المسألة، وبالتالي فإن الحكم بموته لم يعتمد الأدلة السابقة، إنما بني على أدلة أخرى جعلت احتمال حياته في رتبة الوهم.

ثانياً ـ نوع الفرقة:

لا يمكن أن توصف الفرقة بسبب فقد الزوج بأنها طلاق أو فسخ؛ لأنها أثر من الآثار المترتبة على الحكم بوفاته وليست أصلاً بنفسها، ولذلك إذا أصدر القاضي حكماً بموت المفقود واعتدت زوجته ثم ظهر الزوج حياً ولم تكن زوجته قد تزوجت بعد، أو تزوجت ولم يدخل بها الثاني، فإنها تكون على زوجيتها للأول دون عقد جديد، وليس ثمة خلاف يذكر بين الفقهاء في ذلك[1]، إلا أنهم اختلفوا في حالة ظهور المفقود حياً بعد دخول الزوج الثاني بها[2].

---

(١) الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٤٨٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٢) سآتي على بحث ذلك بشكل مفصل ـ إن شاء الله تعالى ـ عند الحديث عن ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته.

وذهب المالكية، والإمامية في قول، إلى أن هذه الفرقة تحتسب طلقة كالطلاق إلا أن المشهور عندهم أنها فرقة وفاة[1].

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المالكية يشترطون تقدير الطلاق كي تفوت المرأة به على زوجها المفقود إذا ظهر حياً[2]؛ وثمرة ذلك تظهر في عودة المفقود أو ظهوره حياً، فإذا كان طلقها قبل هذه الطلقة المقدرة طلقتين ثم دخل بها الثاني ومات عنها أو طلقها، فإنها تحل للأول بعصمة جديدة؛ لأن الطلقة الثالثة، التي بقيت من عصمة المفقود قُدِّر وقوعها عند ابتداء العدة وتحققت ـ أي ظهرت ـ بدخول الثاني بالمرأة، فإذا طلقها الثاني بعد دخوله بها حلت للأول بعصمة جديدة[3]؛ وهذا على القول بأن دخول الزوج الثاني يكشف وقوع الطلقة، أما على القول بأن الطلقة تقع عليها بدخول الثاني، فلا تحل للأول إلا بتزوجها من زوج آخر، والصواب أن الطلقة واقعة حين الأخذ بالعدة، وكشف ذلك دخول الثاني بها؛ لأن هذه الطلقة لو وقعت عليها بدخول الثاني أو عقده لوجب أن تعتد من حينئذ[4].

وإذا عاد الزوج قبل أن يدخل الثاني بها رجعت إليه، وكانت عنده على الطلاق كله، أي لم تحتسب بذلك شيئاً؛ لأن الفرقة لم تحصل[5].

وذهب الحنابلة في رواية أيضاً إلى أنه إذا حكم القاضي بوفاة المفقود واعتدت زوجته فيجب على ولي زوجها أن يطلقها وتعتد للطلاق[6].

---

(١) المنتقى للباجي: ٤/ ٩١. وينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣١٠. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨١.

(٤) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠.

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٦٠.

(٦) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٠ ـ ١٢١.

ثالثاً ـ صاحب الحق في هذه الفرقة:

ذكرت في الباب الأول من هذه الرسالة أن طلب التفريق بسبب الغياب أو عدم الإنفاق من الغائب حق للمرأة وحدها؛ لأنها ثبتت لدفع الضرر عنها، وليس لأحد غيرها أن يطلب التفريق إلا بناءً على رغبتها.

أما الفرقة لفقد الزوج ـ عند من يقول بها ـ فإنها تختلف عن غيرها؛ لأنها من آثار الحكم بموت المفقود بعد انقضاء المدة التي حددت لذلك؛ والحق في طلب الحكم بموت المفقود ليس مقصوراً على الزوجة وحسب، بل يضاف إليها كل من كانت له مصلحة في هذا الحكم، وارثاً كان أم غير وارث.

فإذا طلب أحد الورثة من القاضي أن يحكم بوفاة المفقود ـ عند الحنابلة الذين لا يفرقون في الحكم بين زوجته وماله ـ فضرب القاضي للمفقود أجلاً ثم حكم بوفاته بعد انقضاء الأجل، فإن هذا الحكم يسري على جميع الورثة، وعلى الزوجة إن رفضت البقاء في عصمته ولم ترغب بالمقام والصبر حتى يتبين أمره[1].

وتفيد نصوص الحنفية منح الورثة هذا الحق، فإذا رفعوا أمرهم إلى القاضي، وسألوه قسمة ماله، فإنه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته[2]؛ ولم يتعرض المالكية والشافعية لطلب ضرب الأجل من بقية الورثة؛ لأن المالكية يشترطون انقضاء مدة التعمير فيما يتعلق بماله[3]، وكذا الشافعية، فإنهم

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٨.

(٣) وهذا في مفقود في أرض الإسلام في ظروف السلامة، وأحد أقوالهم في مفقود أرض العدو زمن السلم والحرب. ينظر: حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٨. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٦. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤ المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٣٣.

لا يحكمون بموت المفقود في حق ماله إلا بعد مضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش لمثلها[1].

رابعاً ـ التفريق بين الزوجين بسبب فقدان الزوج في القانون:

لم ينص القانون السوري صراحة على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب فقدان الزوج، إلا أن المفهوم من المادة /٢٠٥/ يدل على عدم جواز الحكم بموت المفقود قبل بلوغه سن الثمانين، ثم عدل هذا القانون عام ١٩٧٥ ونص على الحكم بموت من فقد في العمليات الحربية أو الحالات المماثلة التي يغلب عليه الهلاك فيها بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ولهذا ينبغي أن ينصرف نص المادة قبل التعديل إلى المفقود في ظروف السلامة، وبناء على ذلك فليس لزوجة المفقود أن تطلب التفريق المبني على الحكم بموته بسبب الفقدان قبل بلوغه سن الثمانين إذا فقد في ظروف عادية يغلب عليه السلامة فيها، أما إن فقد في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، فإن القاضي يحكم بموته، وبالتالي تحصل الزوجة على الفرقة بعد انقضاء أربع سنين، وقد اعتمد القانون في هذا التفصيل على المذهب الحنبلي[2].

أما القانون المصري فقد تعددت تعديلاته إلا أنه استقر أخيراً على التفريق بين حالتي السلامة والهلاك، فقضى بالحكم بموت المفقود وحصول الفرقة بعد أربع سنين من فقده وانقطاع خبره إذا فقد في حال يغلب عليه الهلاك فيها، أما إن فقد في حال يغلب عليه السلامة فيها فإن أمر تحديد المدة مفوض إلى القاضي بعد التحري عنه بجميع الطرق[3].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥ ـ ٣٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢١ ـ ٤٢٢.

(٢) قانون الأحوال الشخصية السوري لنجاة قصاب حسن: ١٧٥.

(٣) ينظر: المادة /٢١/ من القانون/ ٢٥/ لعام ١٩٢٩ وتعديلاته التي تضمنتها المادة الأولى من القانون/ ١٠٣/ لعام ١٩٥٨.

*** المطلب الثاني ـ مدة التربص والأحكام المتعلقة بها:**

سأبحث في هذا المطلب مقدار مدة التربص، والحكمة من تحديدها بأربع سنين، والوقت الذي تبدأ فيه، وسأبين حكم نكاح زوجة المفقود خلال مدة التربص، في النقاط الآتية:

النقطة الأولى ـ مقدار مدة التربص والحكمة من تحديدها بأربع سنين:

تتربص زوجة المفقود أربعة أعوام قبل أن يحكم بموته وتحصل الزوجة على الفرقة، وهذا قول المالكية فيمن فقد في أرض الإسلام في ظروف السلامة، وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو زمن السلم أو زمن الحرب، والشافعية في القديم، والمعتمد عند الحنابلة في المفقود في ظروف الهلاك[١].

واستدلوا لذلك بالآثار الواردة في ذلك عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة رضي الله عنهم، إضافة إلى قياس الشبه، وقد مر بيان ذلك.

أما المفقود في زمن الفتن واقتتال المسلمين فيما بينهم عند المالكية، وأحد أقوالهم فيمن فقد في اقتتال المسلمين مع العدو، فقد حددها المالكية بعام واحد[٢]، ودليلهم في ذلك غلبة هلاكه، والأثر الوارد عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أنه قال: «إذا فقد في الصف تربصت امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين»[٣].

---

(١) شرح الخرشي: ٤/ ١٤٩. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣. مختصر خليل: ١٥٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦.

(٣) أثر سعيد أخرجه البخاري تعليقاً في صحيحه، كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله. ينظر: فتح الباري: ٩/ ٥٣٦ ـ ٥٣٧. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٦. واللفظ له. وينظر: تغليق التعليق لابن حجر: ٤/ ٤٦٩.

ويرى الباحث تحديد مدة التربص بأربع سنين في حق من فقد في ظرف مهلكة دونما بينة ترجح موته، سواء أفقد في حالة الفتن والاقتتال بين المسلمين أم في حروب المسلمين مع أعدائهم، وهذه المدة تورث قدراً من غلبة الظن بعدم بقائه حياً، إذ لو كان كذلك لظهر خبره.

وقد بنيت هذا الاختيار على ما ورد في ذلك من آثار عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم بأسانيد حَكَم عليها ابن حجر بالصحة(١)، وهذا ما ثبت عن جمع كبير من الصحابة والتابعين وانتشر بينهم، حتى نقل المالكية والحنابلة الإجماع على ذلك(٢).

وغالب الظن أن الصحابة والتابعين من بعدهم اعتمدوا في تحديدهم مدة التربص بأربع سنين على توقيف، إذ لو كان اجتهاداً لبين عمر رضي الله عنه العلة من ذلك وعلام استند، كما فعل عندما حدد للزوج الغائب مدة ستة أشهر، يسير شهراً ويقيم أربعة أشهر ويعود في شهر، حيث اعتمد في هذا التقدير على سؤاله لحفصة - رضي الله عنها - عن المدة التي تستطيع الزوجة أن تصبرها على غيبة زوجها(٣).

ولا يصار إلى قياس هذه المدة على مدة الإيلاء بجامع تضرر الزوجة وفقدانها حق الوطء في كل منهما؛ لأن الإيلاء كان بفعل الزوج واختياره، وكان

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٣٧.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦. الشرح الكبير لابن قدامة: ٩/ ١٢١.

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة: ٧/ ٢٣٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٩٣، وأثر عمر رضي الله عنه أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب حق المرأة على زوجها وكم تشتاق، رقم: ١٢٥٩٣. والسنن للخراساني، باب الغازي يطيل الغيبة عن أهله، رقم: ٢٤٦٣.

باستطاعته أن لا يولي من زوجته، خلافاً للمفقود الذي لم يختر الغيبة غالباً، كما أن مدة التربص تخالف مدة العنة؛ لأن العنة بعد عام يغلب على الظن عدم زوالها، أما غيبة المفقود فقد تنتهي في أي لحظة.

الحكمة من تحديد المدة بأربع سنوات:

اختلف الفقهاء في بيان الحكمة من تحديد المدة التي ينبغي أن تنتظرها زوجة المفقود بأربع سنين على الأقوال الآتية:

١ ـ إن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل، وهذا تعليل المالكية في قول، والحنابلة[1]، فيجب على المرأة أن تنتظر حتى نهاية هذه المدة من أجل إثبات عدم حملها.

وهذا تعليل ضعيف لاختلاف الفقهاء في أقصى مدة الحمل[2]، ولو صح التعليل بهذه العلة لوجب أن يستوي فيه الحر والعبد؛ لتساوهما في مدة لحوق

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٧. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩١. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٦/ ٢١٦. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٠. الكافي لابن قدامة: ٢/ ٥٦٦. المغني لابن قدامة: ٨/١٠٦.

(٢) اختلفت أقوال الفقهاء في تحديد أقصى مدة الحمل على أقوال عديدة، فذهب المالكية والشافعية، والحنابلة في قول، إلى تقديرها بأربع سنين، وذهب الحنفية، والحنابلة في قول ثانٍ، إلى أنها سنتان، وقيل: إن أكثره خمس سنوات، وقيل: سبعة، وقيل: سنة قمرية، وقيل: تسعة أشهر. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٤٠. العناية للبابرتي: ٤/ ٣٦٢. المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٦. الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٤٠٧. فتح العلي المالك لعليش: ٢/ ٢١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٦١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٣٩٣. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٣١. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٤٢. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٧٤. بداية المجتهد لابن رشد: ٢/ ٧. أحكام القرآن لابن العربي: ٣/ ٨٠. أما أكثر مدة الحمل عند أهل الاختصاص، فإن الوقائع الطبية لم تثبت استمرار حمل أكثر من سنة، =

النسب، ويرد عليه بأن هذه المدة تضرب أيضاً لزوجة المفقود الآيسة والصغيرة، وزوجة المفقود الصغير، وهؤلاء جميعاً لا يتصور حملهن.

أقول: لو كان تحديد هذه المدة بهدف إظهار براءة الرحم؛ لاقتضى أن لا تنقص عدة الوفاة وعدة الطلاق عن هذه المدة.

ومما يدل على ضعف هذا التعليل أيضاً، أن الإمام مالك ـ رحمه الله ـ ذهب إلى أن امرأة المفقود إذا انتظرت مدة طويلة كعشرين سنة مثلاً، ثم رفعت أمرها إلى القضاء، كان على القاضي أن يضرب لها أجلاً جديداً تنتظره من جديد[1]. وبذلك تنتفي هذه العلة.

٢ ـ إن هذه المدة هي أمد الكشف، إذ هي المدة القصوى التي تستغرقها الرسائل في بلاد الإسلام ذهاباً وإياباً، وفي هذه المدة يتكرر تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبر المفقود في ظروف غير آمنة إلى هذا الوقت يرجح هلاكه؛ لأنه لو كان حياً ما انقطع خبره طيلة هذا الزمن[2].

ويلاحظ أن هذا التعليل لا محل له في قول المالكية الذين اشترطوا لضرب المدة وجوب رفع الزوجة أمرها إلى القضاء؛ لأن نتيجة البحث والتحري

= والأدلة الشرعية توافق الواقع الطبي، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[الأحقاف: ١٥]. وهذه الآية التي حددت مدة الحمل والإرضاع، تدل على أنه إذا لم تتجاوز مدة الحمل والإرضاع ثلاثين شهراً، فلا يعقل أن تتجاوز مدة الحمل منفردةً هذه المدة. ينظر: المرشد في الفقه الطبي للجماس: ٤٠٤ ـ ٤٠٥.

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٧. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٠. المدونة الكبرى: ٢/ ٣٠.

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

وإن ظهرت بعد شهور أو سنة، فعلى المرأة أن تنتظر بقية السنوات الأربعة، وليس لها أن تعتد قبل ذلك، ولو كانت العلة كونها أمد الكشف لما تعين عليها انتظار تمام الأربع.

فضلاً عن ذلك، فإن هذا القول إن صح التعليل به في العصور الماضية، فلا يمكن أن يسلم به في هذا العصر للاختلاف البيِّن بين العصرين من خلال التطور الكبير في الاتصالات، فالرسائل الالكترونية لا تحتاج في هذا الزمن إلا إلى لحظات كي تصل إلى أقاصي المعمورة.

٣ ـ إن أجل السنوات الأربع ضرب؛ لأنه جُهل إلى أي جهة سار من الجهات الأربع[١]، وهذه دعوى لا دليل لها.

٤ ـ إن تحديد هذه المدة إنما هو من باب التعبد، تأسياً بالصحابة الكرام الذين أجمعوا عليها[٢].

النقطة الثانية ـ بداية مدة التربص:

إذا رفعت زوجة المفقود أمرها إلى القضاء طالبة فسخ نكاحها بسبب فقدان زوجها، وأمرها القاضي أن تتربص مدة سنة أو أربع سنوات، فهل تبدأ هذه المدة من التاريخ الذي رفعت أمرها إليه، أم من وقت انقطاع الخبر أم غير ذلك؟

اختلف الفقهاء على قولين رئيسيين:

القول الأول: تبدأ مدة التربص من يوم الغيبة وانقطاع الخبر، وهو قول

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٤. منح الجليل لعليش: ٢/ ٦٩٤. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧.

الشافعية في الصحيح[١]، والحنابلة في المذهب[٢]، والإباضية[٣].

القول الثاني: تبدأ مدة التربص من اليوم الذي يأمر القاضي فيه زوجة المفقود بالتربص، وهو قول المالكية[٤]، والشافعية في الأصح[٥]، والحنابلة في رواية[٦].

وثمة تفصيل عند المالكية فقد حددوا في المعتمد من المذهب بداية المدة من يوم العجز عن معرفة خبر المفقود بعد انتهاء البحث والتحري بمختلف الطرق الممكنة، أي أن مدة البحث والتحري لا تدخل ضمن الأجل الذي يضرب للزوجة، وذهبوا في قولهم الثاني إلى أن المدة تبدأ من اليوم الذي ترفع الزوجة فيه أمرها إلى القاضي، وتدخل مدة البحث ضمناً في مدة التربص[٧].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٥٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٣) شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٣٧.

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٨. شرح الخرشي: ٤/ ١٥٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٥. المدونة الكبرى: ٢/ ٣١.

(٥) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٢٥٤. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣١٨.

(٦) الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٤٥. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٧) حاشية العدوي: ٢/ ٩٥. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩٠. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٨. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩.

الأدلــة:

- أدلة القول الأول:

استدل القائلون بأن مدة التربص تبدأ من تاريخ فقدانه وانقطاع خبره، بالأثر والقياس:

أما الأثر:

فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتته امرأة فقدت زوجها منذ ثلاثة أعوام وثمانية أشهر فأمرها أن تتم أربع سنين، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تتزوج إن شاءت(١).

فقضاء عمر رضي الله عنه لهذه المرأة بأن تتم مدة التربص يفيد أنها تبدأ من تاريخ الفقد وإلا لاستأنف لها أجلاً جديداً يبدأ من يوم ذهابها إليه.

وأما المعقول والقياس:

فإن الظاهر فيمن انقطع خبره وبعد أثره، أنه مات من يوم انقطاع خبره، ويعد ذلك بمقام من شهد بموته شاهدان.

وقياساً على مدة الإيلاء التي تبدأ من تاريخ حلف الزوج، ولا تحتاج في بدايتها إلى حكم قضائي(٢).

- أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن المدة تبدأ من يوم صدور الأمر القضائي، بالأثر والمعقول:

---

(١) لم أجد هذا الأثر إلا عند ابن حزم في المحلى: ٩/ ٣١٨.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٢. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

أما الأثر: فبما روي أن امرأة فقدت زوجها فمكثت أربع سنين، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه، فإن جاء زوجها، وإلا تزوجت بعد السنين الأربعة[١].

وحكم عمر رضي الله عنه يدل على أنه لم يلتفت إلى ما أمضته زوجة المفقود قبل أن ترفع أمرها إليه، ولذلك أمرها أن تتربص أربع سنين من يوم رفعها إليه.

وأما المعقول: فإن المدة التي يضربها القاضي لزوجة المفقود مدة مختلف فيها، وإنما قُدِّرت بالاجتهاد فافتقرت إلى ضرب الحاكم، كمدة العنة، وهذا لا يتم إلا من يوم الرفع إلى القاضي[٢].

المناقشة والرأي المختار:

يرد على أدلة القول الأول الاعتراضات التالية:

طعن ابن حزم ـ رحمه الله ـ في صحة الأثر الذي استدل به لبدء مدة التربص من تاريخ غياب المفقود وانقطاع خبره، بأنه من طريق المنهال بن عمر[٣] وهو ضعيف[٤].

---

(١) المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢١.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٣) **المنهال بن عمرو**: الأسدي، الكوفي، صدوق، ربما وهم، وثقه ابن معين وغيره، وغمزه شعبة وغيره، قال العجلي: كوفي ثقة، وقال الدارقطني: صدوق تركه شعبة عمداً؛ لأنه سمع من بيته طُنْبوراً، فرجع ولم يسمع منه. تهذيب الكمال للمزي: ٢٨/ ٥٧١. ذكر أسماء من تكلم فيه للذهبي: ١٨٢.

(٤) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٨.

أما قولهم إن الظاهر فيمن فقد أنه مات من يوم فقد، فهي دعوى تحتاج إلى دليل؛ لأن الشك يحيط بمصير المفقود واحتمال الحياة لا يقل عن احتمال الموت إذ لا قرينة ترجح أحد الجانبين.

أما استدلالهم بالقياس على مدة الإيلاء فغير صحيح؛ لأن مدة الإيلاء ثبتت بالنص، أما مدة التربص في المفقود فقد ثبتت بالاجتهاد، وهذا يوجب أن تقدر بالحكم من يوم الرفع إلى القاضي(١)، ثم إن الإيلاء كان باختيار الزوج وإرادته خلافاً لغياب المفقود، فعلى الأعم الأغلب أن الفقدان خارج عن إرادته.

ويمكن أن يرد على أدلة القول الثاني أن ما قام به عمر رضي الله عنه إنما هو قول صحابي، وقول الصحابي في موضع الاجتهاد غير ملزم، أما قياسهم على مدة العنة فغير صحيح أيضاً؛ لأن العنة تختلف عن الفقدان، فالمفقود قد يعود في أي وقت، أما العنة فإن استمرارها مدة سنة مع صاحبها يجعلها طبيعة له كما مر.

والقول الذي يرى الباحث اختياره أن مدة التربص لا تبدأ إلا بعد البحث والتحري من اليوم الذي يأمر القاضي فيه الزوجة بالتربص؛ لأن حكم القاضي في ضربه هذه المدة مبني على التأكد من فقدان الزوج بشكل فعلي، ثم إن حكم القاضي في تحديد هذه المدة وابتدائها من ساعة الحكم ـ وهو موضع نزاع ـ يورث قدراً من الطمأنينة والاحتياط لحق المفقود ويسد الباب أمام محاولات التلاعب.

بداية مدة التربص في القانون:

نص القانون السوري بعد تعديله عام ١٩٧٥ على أن مدة التربص التي حكم بعدها بموت المفقود تبدأ من تاريخ فقدانه وذلك إذا فقد في العمليات

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨.

الحربية أو في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، فإن فقد في ظروف السلامة، فلا يحكم بموته إلا بعد بلوغه الثمانين من العمر(١).

أما القانون المصري فقد استقر أخيراً على أن مدة التربص تبدأ من تاريخ فقدان الزوج إذا فقد في ظروف يغلب عليه الهلاك، وكان ينص أولاً على أن المدة لا تبدأ إلا من حين رفع الأمر إلى القضاء(٢)، أي أن مدة البحث والتحري عن المفقود تدخل ضمن مدة التربص في كلا القانونين وهذا يظهر اتفاق القانون السوري مع نظيره المصري في هذه النقطة، وقد أخذ القانون هذه المادة من أحد أقوال الشافعية، ومن الحنابلة في المذهب.

* * *

مسألة ـ ضرب الأجل للزوجة، هل يلزم سائر الزوجات؟

إذا كان للمفقود أكثر من زوجة، ورفعت إحداهن أمرها إلى القضاء رافضة البقاء في عصمة الزوج، فأمرها القاضي أن تتربص أربع سنوات، فهل يعد ضرب هذه المدة ضرباً لسائر الزوجات؟

نص المالكية على أن ضرب الأجل لواحدة من نساء المفقود إذا رفعت أمرها إلى القضاء يعد ضرباً لبقية زوجاته، أي أن البحث والكشف عن المفقود وضرب الأجل والحكم بالعدة يعد بحثاً وكشفاً وضرباً للأجل وحكماً بالعدة لسائر الزوجات، فإذا طلبت زوجته الثانية ضرب أجل جديد، فلا يضرب لها، بل يكتفى بالأجل المضروب للأولى.

---

(١) ينظر: المادة /٢٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) ينظر: المادة /٢١/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩، والمادة رقم /٧/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠.

هذا ما لم تختر أي من الزوجات الأخريات البقاء في عصمته، فإن اختارت إحداهن أو سائرهن البقاء كان لهن ذلك، ولا يسري ضرب الأجل والحكم بموته عليهن في هذه الحال، وهذا القول هو المعتمد عند المالكية(١)، وهو يتفق مع رأي الحنابلة الذين لم ينصوا على ذلك صراحة، غير أنه يستفاد من قولهم بأن زوجة المفقود إن اختارت المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة من ماله، لأنها محكوم لها بالزوجية(٢).

وثمة قول عند المالكية ذهبوا فيه إلى أن ضرب الأجل لإحدى زوجات المفقود لا يعد ضرباً لسائر زوجاته، فإذا ضرب القاضي أجلاً لواحدة منهن، ثم جاءت زوجة ثانية ورفعت أمرها للقضاء، كان على القاضي أن يضرب لها أجلاً جديداً من الوقت الذي رفعت فيه أمرها إليه، ولا يلتفت إلى الأجل الذي ضربه للأولى، غير أنه لا يعيد الكشف والبحث عن المفقود ثانية، بل يكتفي بما قام به سابقاً(٣).

النقطة الثالثة ـ حكم زواج امرأة المفقود خلال مدة التربص:

ثبت لدينا من خلال المسائل السابقة أن امرأة المفقود امرأته حتى يثبت موته أو طلاقه لها، أو أن يحكم القاضي بموته بعد انقضاء مدة معينة ـ على خلاف بين الفقهاء في ذلك ـ فحكم الزوجية إذاً مستمر خلال مدة الأجل ما لم

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٤. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٣.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٦٠.

يحكم للزوجة بالفرقة لسبب آخر، كالغيبة أو عدم الإنفاق، فإذا انقضت مدة التربص وحكم بوفاة المفقود، كان على الزوجة أن تعتد عدة الوفاة، فإذا انتهت عدتها حلت للزواج فتنكح إن رغبت بذلك.

ولكن هل يباح لزوجة المفقود أن تتزوج أثناء مدة التربص التي ضربت لها، أو بعد انتهائها ولكن خلال مدة العدة؟

اتفق الفقهاء على بطلان نكاح زوجة الغير أو المعتدة منه[1]، وبناء على ذلك فإن زوجة المفقود إن تزوجت قبل انتهاء المدة التي يباح لها أن تتزوج بعدها فإن زواجها يعد باطلاً، إن لم يظهر حال زوجها؛ لأنها تزوجت في وقت لا يباح لها النكاح فيه لتعلق حق الغير بها وانشغالها بالزوجية، ومن كانت هذه حالها فليس لها أن تتزوج من آخر؛ لصريح قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ . . . ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[النساء: ٢٣ ـ ٢٤] والمحصنات هن ذوات الأزواج[2].

فإذا انكشف أمر زوجها، أو ثبت أن زواجها كان بعد موت المفقود وانتهاء مدة العدة منه، أو بعد طلاقه لها وانتهاء العدة أيضاً، فهل يعد زواجها صحيحاً؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٠٨. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٦٨. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٧. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٥٨. الوسيط للغزالي: ٥/ ٥١. الإقناع للشربيني: ٢/ ٤١١. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٨٨. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٥٠. المحلى لابن حزم: ٩/ ٦٨.

(٢) تفسير ابن كثير: ١/ ٧١٣. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٥/ ٧٩ ـ ٨٠. تفسير الخازن وبهامشه تفسير النسفي: ١/ ٣٣٦. زبدة التفسير من فتح القدير للأشقر: ١٣٠.

القول الأول: إن نكاحها صحيح؛ لأنه خلا عن المانع، وعقد الزواج تم في وقت لم تكن مشغولة فيه بنكاح أو عدة، فزاوجها صحيح كما لو علمت بموت المفقود أو طلاقه لها فتزوجت، وقياساً على ما لو باع مال أبيه يظنه حياً فبان ميتاً، وهذا قول المالكية(١)، والشافعية في الأصح(٢)، والحنابلة في وجه(٣).

القول الثاني: إن نكاحها ليس صحيحاً؛ لأنها تزوجت وهي تعتقد حرمة نكاحها وبطلانه، ولعدم العلم بالصحة حال العقد، وهذا قول الشافعية في مقابل الصحيح(٤)، والحنابلة في الصحيح من المذهب(٥).

ويرد على صحة النكاح أنه يتنافى مع القول بعدم صحة نكاح المرتابة إذا

---

(١) المذهب عن المالكية أن زوجة المفقود إذا تزوجت في عدتها أو في مدة الأجل، فإن نكاحها يفسخ لوقوعه في العدة أو قبلها، فإذا استبرأت ثم تزوجت من ثالث، ودخل بها ثم ثبت أن المفقود مات وانقضت عدته قبل عقد الثاني الذي فُسخ، فترد الزوجة إليه، ولا تفوت عليه بدخول الثالث بها. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨١. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٣. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٧. شرح الخرشي: ٤/ ١٥١.

(٢) نص الشافعية على أن المدار في الصحة على نكاحها بعد العدة، فإذا تزوجت بعد مضي قدر العدة ولو لم تتربص، فبان ميتاً صح النكاح. حاشية الجمل: ٤/ ٢٥٧. روض الطالب بهامش أسنى المطالب: ٣/ ٤٠١. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٥٢. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحواشي الشرواني عليها: ٨/ ٢٥٤.

(٣) المغني لابن قدامة: ٨/ ١١١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٣٥ ـ ١٣٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٥٢.

(٥) المغني لابن قدامة: ٨/ ١١١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٠.

حصل الشك في العدة ثم تزوجت بعد مضي الأقراء مع بقاء الشك، وإن ظهر فيما بعد أن العقد تم بعد انتهاء العدة وصادف بينونتها[١].

ورد الشافعية هذا وقالوا: مع أن في كل منهما شكاً في حل المنكوحة، إلا أن الشك في المرتابة ظاهر، فأبطل النكاح لذلك خلافاً للشك في حل زوجة المفقود، ولذلك صح هنا لخفاء أثر الشك[٢].

والقول بعدم صحة النكاح أولى بالاختيار؛ لأن من أركان النكاح أن تكون الزوجة خالية من موانع النكاح، كأن تكون منكوحة أو معتدة من غيره[٣]، وهذا يجعل أصل العقد باطلاً لوقوعه في وقت يمنع الشرع من إيقاعه فيه، وإن تبين صحته فيما بعد.

* * *

المبحث الثاني

الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته

إذا انقضت مدة التربص وحكم القاضي بموت المفقود، فإن هذا الحكم يترتب عليه حصول الفرقة ـ عند من يقول بذلك ـ وينتج عدداً من الأحكام والآثار، وهذا ما سآتي على بيانه في المطالب الآتية:

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. وينظر: حاشية الجمل: ٤/ ٤٥٧. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨.

(٢) حاشية الجمل: ٤/ ٤٥٧. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٥٢. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٨٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٢١. وينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٦٨. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٧. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٥٠.

*** المطلب الأول ـ أثر الحكم بموت المفقود في تصرفاته المتعلقة بزوجته من طلاق أو ظهار:**

إذا طلق المفقود زوجته أو آلى منها، أو ظاهر أو قذفها، فإن هذه التصرفات تقع وتلزم أحكامها فينفذ طلاقه ويلزمه ظهاره وتجب فيه الكفارة بعودته، وينفذ إيلاؤه ويلزمه القذف وله أن ينفيه باللعان، ولا أثر لغيابه المنقطع في هذه التصرفات؛ لأن الزوجية قائمة[1]، وهذا قبل أن يحكم بموته، ولكن هل تنفذ هذه التصرفات أيضاً بعد الحكم بموته؟

ذهب الحنفية، والشافعية في الجديد الأصح، إلى نفاذ هذه التصرفات قبل الحكم وبعده؛ لأنهم يقولون ببقاء حياته واستمرار زوجيته حتى يثبت موته أو طلاقه لها أو الحكم بموته بعد انقضاء مدة من الزمن يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها[2].

أما على القول بحصول الفرقة نتيجة الحكم بموته، فقد اختلف الفقهاء في نفاذ تصرفات المفقود السابقة على قولين، وذلك تخريجاً على اختلافهم في حكم القاضي هل ينفذ ظاهراً وباطناً، أم ظاهراً فقط؟ لذلك لا بد من بيان أقوال الفقهاء في مدى نفاذ الحكم بالفرقة لبناء الحكم عليها.

اختلف الفقهاء في وقوع الفرقة ظاهراً وباطناً، أم ظاهراً فقط، على قولين:

---

(١) الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١١١. وينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٥ ـ ١٤٦.

(٢) ينظر: اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٥. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٥٩. حيث نص الحنفية على عدم صحة التفريق حتى يثبت طلاقه أو موته بيقين. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩.

القول الأول: تقع الفرقة ظاهراً وباطناً، أي إن حكم القضاء ينفذ ظاهراً وباطناً عند المالكية في قول، والشافعية في وجه، والحنابلة في رواية[1].

وحجة هذا القول أن للحاكم مدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين؛ ولأنه فسخ مختلف فيه فوقع ظاهراً وباطناً، كفسخ النكاح بالعنة والإعسار وبالنفقة[2].

القول الثاني: تقع الفرقة ظاهراً فقط، والحكم ينفذ في الظاهر دون الباطن، أما الباطن فموقوف، فإذا تبين موت الزوج وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً، وإلا فلا تقع إلا ظاهراً، وهذا قول المالكية، والشافعية في الأصح، والحنابلة في المذهب[3].

وحجة هذا القول أن حكم الحاكم لا يغير الشيء عن صفته في الباطن، ولا يحيل الأمور عما هي عليه، سيما وأن الحكم تم بناءً على أن الظاهر هلاكه، فإذا عُلمت حياته انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحالة، كما لو شهدت بيِّنة بموته ثم بان حياً[4].

---

(١) ينظر: المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٩. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٨. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣١٨. البيان للعمراني: ١١/ ٤٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٠. القواعد لابن رجب الحنبلي: ٤١٧.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. البيان للعمراني: ١١/ ٤٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٠.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٢٩. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٨. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

كما استدلوا لذلك بفعل عمر رضي الله عنه عندما مكن المفقود من أخذ زوجته عند عودته(١).

المناقشة والقول المختار:

يلاحظ على أصحاب القول الأول أنهم جعلوا الغياب واحداً من العيوب التي تستوجب حق الفسخ، ولم يجعلوه دليلاً على الموت، أي أنهم أنزلوا الغياب المتطاول منزلة العيوب التي تمنح المرأة حق الفسخ، وهذا يقتضي فسخ النكاح بدلالة هذا الغياب الذي أنزل منزلة العيب وإن كان الزوج حياً، وهذا يؤدي إلى القول بالحكم بموته مع أنه حي.

أما أصحاب القول الثاني فقد جعلوا الغياب الطويل دليلاً على المناط الأصلي وهو الموت، ولم يجعلوه مناطاً بحد ذاته، ولذلك قالوا: إذا ظهر أن هذا الدليل لا يتطابق مع مدلوله، فهذا يفيد عدم وجود المناط مما يوجب نقض الحكم وتصحيحه.

والقول الثاني أولى بالاختيار؛ لأن أصحاب القول الأول جعلوا الغياب هو المناط، وهذا لا يتفق مع اشتراط مضي مدة طويلة بحيث يغلب على الظن حصول الوفاة فيها.

ويشهد لذلك قول رسول الله ﷺ: «**إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع**

---

(١) أخرج أثر عمر رضي الله عنه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٣٧. وسعيد بن منصور في السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٤. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٣/ ٥٢٢.

منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار»[١].

يقول الإمام النووي رحمه الله: «وفي هذا الحديث دلالة لمذهب مالك والشافعي وأحمد وجماهير علماء الإسلام وفقهاء الأمصار من الصحابة والتابعين فمن بعدهم، أن حكم الحاكم لا يحيل الباطن ولا يحل حراماً»[٢].

وقد أطال ابن حجر ـ رحمه الله ـ في تعليقه على الحديث السابق، وخلص إلى أن الحجة ظاهرة في هذا الحديث على شموله للأموال والعقود والفسوخ[٣]، مجيباً بذلك على من خصص الحديث بالأموال، فذهب إلى نفاذ الحكم فيها ظاهراً، أما النكاح والطلاق فإن الحكم ينفذ فيها ظاهراً وباطناً.

فإن قيل: إن الحديث وارد في الحكم المبني على شهادة زور، فلا يصلح دليلاً على نفاذ الحكم في حالة القضاء المبني على اجتهاد.

أقول: إن الحديث وإن كان في الحكم المترتب على بنية غير عادلة، غير أنه يقاس عليه حكم القاضي بناءً على اجتهاده، بجامع بطلان مستند الحكم في كلٍ، وهذا يفيد عدم نفاذ الحكم باطناً في الحكم المستند إلى اجتهاد القاضي.

ويتفرع عن الخلاف السابق اختلافهم في صحة تصرفات المفقود فيما يخص زوجته بعد الحكم بموته، فعلى القول الأول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً،

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، حديث: ٧١٦٩. مسلم، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر، حديث: ١٧١٣. والحديث من رواية أم سلمة رضي الله عنها، واللفظ لمسلم.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢/ ٦.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ١٣/ ٢١٨.

لا يقع أي من تلك التصرفات صحيحاً، ولا تثبت أحكامها؛ لأن حكم القاضي قطع النكاح وأبطله فصار كالأجنبي الذي يباشرها.

وعلى القول بنفاذ الحكم ظاهراً فقط، فإن أحكام هذه التصرفات تثبت وتلزم أحكامها، فيصح طلاقه وظهاره وكذا إيلاؤه؛ لعدم بطلان نكاحه في الباطن، إذ الحكم بالفرقة تم بناءً على أن الظاهر هلاكه، فإذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت بموته بينة كاذبة.

* * *

*** المطلب الثاني ـ أثر الحكم بموت المفقود في المهر:**

المهر هو أحد الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها، وثمة حالات يتأكد فيها المهر وأخرى يتنصف، فإذا حكم القاضي بموت المفقود، فما هو الأثر المترتب على ذلك، هل يتأكد المهر ويتعجل المؤجل منه أم لا أثر للحكم بموته في ذلك؟

للإجابة عن ذلك لا بد من التمييز بين الحكم بموت المفقود بعد دخوله بزوجته، والحكم بموته قبل دخوله، وفيما يأتي بيان كل حالة:

أولاً: إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد الدخول بزوجته، فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب المهر للزوجة كاملاً سواء أكان سمي في العقد، أم فرض بعده بقضاء القاضي أو بالتراضي؛ لأن الدخول بحد ذاته يؤكد المهر(1)؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم

---

(1) ينظر: الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٠٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٩١. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٣٥٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٠٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٤٣٧. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ١٨٣. التنبيه للشيرازي: ١٦٦. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٧٣. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٢٧٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٤١. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٩٦. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٦٢.

﴿مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾[النساء: ٢١]. والإفضاء هو الجماع[١]، وهذا يوجب تأكيد المهر سيما وقد تأكد بمؤكد آخر وهو الموت الحكمي.

ثانياً: إذا حكم القاضي بموت المفقود قبل الدخول بزوجته، فإن حكم المهر يختلف في الحالة تبعاً لتسميته في العقد أو عدم تسميته، فإذا كان النكاح نكاح تسمية ـ أي إذا سمي المهر في العقد ـ فقد اتفق الفقهاء على أن الموت الحقيقي لأحد الزوجين قبل الدخول، يوجب بالعقد وحده جميع المهر للزوجة؛ لأن الموت لا يفسخ العقد وإنما ينتهي به؛ لانتهاء مدته بذهاب العمر، وتتقرر جميع أحكام العقد بانتهائه ومنها المهر[٢].

أما إذا كان المهر غير مسمى ـ أي في نكاح التفويض ـ ومات أحد الزوجين قبل الدخول أو الفرض، فيتأكد للزوجة مهر المثل عند الحنفية، والشافعية في الأظهر، والحنابلة[٣]، خلافاً للمالكية والشافعية في مقابل

---

(١) تفسير القرطبي: ٥/ ٦٧. تفسير الخازن: ١/ ٣٣٢. تفسير القرآن العظيم لابن كثير: ١/ ٧٠٤.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٠٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٢٩١. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٣٤٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٠١. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٧٤. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٢٧٩. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٧/ ١٦٢. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٩٦.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٠٢، ١٠٩. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٣/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ١٥٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٨٣. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٢٠٨. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ١٥٧. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٧٠. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٢١٧.

الأظهر[١]، الذين قالوا بعدم وجوب المهر في هذه الحالة إلا بالدخول.

وبناء على ذلك: يتأكد المهر المسمى كاملاً لزوجة المفقود وإن لم يدخل بها، إذا ثبت موته، أو حكم القاضي بموته بعد انقضاء الأجل؛ لأن الموت الحكمي يعد بمنزلة الموت الحقيقي، وهذا مؤدى قول الجمهور في تأكيد المهر بالموت.

أما المالكية ـ ونظراً لاختلافهم في نوع هذه الفرقة ما بين طلاق ووفاة ـ فقد اختلفوا في ذلك على عدة أقوال:

فذهبوا في القول المعتمد إلى وجوب المهر كاملاً للزوجة عند الحكم بموته قياساً على الميت[٢]، وذهبوا في القول الثاني إلى عدم وجوبه كاملاً، إنما لها نصف المهر، فإذا مضت مدة التعمير أو ثبت موته وجب لها النصف الآخر، وقد استند المالكية في هذا القول إلى أن الفرقة بين المفقود وزوجته تحتسب طلقة، والطلاق قبل الدخول لا يوجب إلا نصف المهر، فإذا ثبتت وفاته استحقت بقية المهر؛ لأن المهر يتأكد جميعه بالوفاة.

أما القول الثالث فذهبوا فيه إلى عدم انتزاع المهر من الزوجة إذا كان المفقود قد دفعه إليها، فإن لم تكن أخذت منه شيئاً لم تعط إلا النصف[٣].

أما حكم مهر زوجة المفقود قبل الدخول إذا كان غير مسمى، فلها مهر المثل عند الحكم بموت زوجها عند من يقول بذلك من الجمهور.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٣١٤. حاشية العدوي: ٢/ ٦٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٥١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٠.

(٣) منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٨. المنتقى للباجي: ٤/ ٩١.

وليس لها ذلك عند المالكية، والشافعية في مقابل الأظهر الذين اشترطوا الدخول لوجوب مهر المثل.

حكم تعجيل المهر المؤجل:

إذا كان مهر الزوجة مؤجلاً كله أو بعضه، فهل يَحُل ما أجل منه إذا صدر الحكم بموت الزوج؟

اختلف المالكية في ذلك على ثلاثة أقوال(١):

أ ـ يعجل من الصداق ما كان معجلاً، أما المؤجل فيبقى إلى أجله، سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا. وهذا القول هو المعتمد عند المالكية، ومستندهم فيه أن الحكم بموته يعد تمويتاً وليس موتاً حقيقياً فالمفقود يعد حياً في حق ماله حتى تنقضي مدة التعمير، مما يفيد أنه باق في ماله على ما كان عليه في الحياة، فلا تحل ديونه المؤجلة.

ب ـ يعجل للزوجة نصف الصداق ويؤخر نصفه حتى يظهر حال المفقود بثبوت موته حقيقة أو بمضي مدة التعمير، وهذا في الزوجة التي لم يدخل بها؛ لأن الدخول بالزوجة يؤكد كامل المهر؛ وحجة هذا القول أن هذه الفرقة لا يدرى أَوَفاة هي أم طلاق، ولذلك أوقفوا لها نصف الصداق وأَجّلوه لها حتى يتأكد استحقاقها بثبوت وفاته، وعجلوا لها النصف الآخر؛ لأنه أقل ما يجب لها، فإن تزوجت قبل ثبوت موته سقط النصف المؤجل لثبوت حكم الطلقة بدخول الزوج أو بعقده ـ على اختلاف عندهم ـ إلا إذا تبين أنه توفي قبل زواجها، فيتأكد النصف الباقي لها ويعجل.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٥. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٩.

ج ـ يعجل المهر المؤجل كله فور الحكم بموته؛ لأن جميع الديون المؤجلة تحل بالموت.

من خلال ما تقدم يبدو أن سبب اختلاف فقهاء المذهب المالكي حول الوقت الذي تستحق الزوجة فيه أن تتقاضى مهرها الذي لم تكن قد تسلمته عند زواجها، ناشىء عن منهج المالكية في التفريق فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بين الزوجة والمال، حيث نصوا على بقائه حياً في حق ماله، ولا يعد ميتاً إلا بعد انقضاء مدة التعمير، وهو ناجم أيضاً عن اختلافهم في نوع الفرقة أوفاة هي أم طلاق.

* * *

*** المطلب الثالث ـ حكم عدة زوجة المفقود:**

العدة هي أحد الآثار التي تترتب على الفرقة بين الزوجين، فإذا حكم القاضي بموت المفقود بعد انقضاء مدة التربص، أو مدة التعمير، فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب العدة على زوجة المفقود، سواء أكانت مدخولاً بها أم لا[١].

أما نوع العدة، فهي عدة وفاة؛ لأن الحاكم أو القاضي أصدر حكماً بموت المفقود، وهذا يجعله بحكم الميت، فيلحق الموت الحكمي بالموت الحقيقي وتترتب عليه آثاره.

---

(١) ينظر: اللباب للميداني: ٢/ ١٢٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٨. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٠ ـ ٩١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧ ـ ٩٨ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٢٥٣. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. الاختيارات العلمية لابن تيمية: ٤/ ٥٨٨.

فإذا كانت زوجة المفقود حائلاً، كانت عدتها بالاتفاق أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة: ٢٣٤].

أما إذا كانت حاملاً فعدتها تنتهي بوضع الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق: ٤].

وثمة قول عند الإمامية ذهبوا فيه إلى أن عدة زوجة المفقود هي عدة طلاق وإن كانت بقدر عدة الوفاة، ويكون الطلاق رجعياً، فإذا جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، وإذا انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها، إلا أن المشهور عندهم أنها عدة وفاة(١).

عدة زوجة المفقود في القانون:

لم يفرد قانون الأحوال الشخصية السوري عدة زوجة المفقود بمادة خاصة، إلا أنها تدخل في عدة المتوفى عنها زوجها؛ لأنه نص على الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنين في ظروف الهلاك وبعد بلوغه ثمانين عاماً في الحالات الأخرى.

وعدة المتوفى عنها زوجها في القانون أربعة أشهر وعشرة أيام، وعدة الحامل تستمر إلى وضع حملها، أو إسقاطه مستبيناً بعض الأعضاء(٢).

أما القانون المصري فكان أكثر وضوحاً، ونص على وجوب العدة على زوجة المفقود بعد صدور الحكم بموته وعلى أنها عدة وفاة(٣).

---

(١) تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣٠٨ ـ ٣١١. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٥.

(٢) ينظر: المادتان/ ١٢٣ ـ ١٢٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٣) ينظر: المادة /٢٢/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩ من قانون الأحوال الشخصية المصري، فقد نصت هذه المادة على ما يأتي: «بعد الحكم بموت المفقود أو صدور =

مسألـة:

هل تقتصر زوجة المفقود على عدة الوفاة، أم لا بد لها من أن تعتد عدة طلاق؟ أو بعبارة أخرى هل يشترط تطليق ولي الزوج لامرأة المفقود حتى تحل للأزواج؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنابلة في رواية، وأكثر الإباضية، إلى وجوب تطليقها من قبل ولي الزوج بعد انتهاء عدة الوفاة، ثم تعتد عدة طلاق[١].

واشترط الإمامية أيضاً في قول أن يطلقها الحاكم أو أن يأمر الولي بذلك، والأفضل عندهم تقديم أمر الولي، فإن امتنع طلق الحاكم بعد انتهاء السنين الأربعة، ثم تعتد عدة الوفاة وإن كانت عدة طلاق[٢].

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية، والحنابلة في المذهب، والإمامية، والإباضية في قول، إلى عدم اشتراط تطليق الولي وتحل للأزواج فور انقضاء عدة الوفاة وحسب[٣].

= قرار وزير الحربية باعتباره ميتاً تعتد زوجه عدة الوفاة...». الأحكام الخاصة بالمفقود لسيد حسن: ٦٧.

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧ ـ ١٠٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢١. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٤٢ ـ ٤٣.

(٢) تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣٠٨ ـ ٣١٠. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٥. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٠. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨١. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٤٢ ـ ٤٣.

الأدلــة:

أدلة القول الأول: استدل القائلون باشتراط تطليق ولي الزوج واعتدادها للطلاق بعد عدة الوفاة أيضاً، بالآثار الواردة عن عمر رضي الله عنه، ومن ذلك أنه قال لامرأة المفقود التي جاءته رافعة أمرها إليه: «انطلقي فتربصي أربع سنين، ثم أتته، فقال: انطلقي فاعتدي أربعة أشهر، ففعلت ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فلما جاء قال له: طلقها، ففعل، فقال عمر للمرأة انطلقي فتزوجي من شئت»(١).

واستدلوا أيضاً بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: «تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً»(٢).

أدلة القول الثاني: استدل الجمهور لعدم اشتراط تطليق الولي بالآثار والمعقول:

---

(١) الأثر بهذا اللفظ جاء في المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧، ولم أجده في كتب السنة والآثار بهذا اللفظ، إلا أن تلك الكتب أوردت هذا الأثر بلفظ آخر، وفيه أن عمر رضي الله عنه قضى في المفقود تربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، ثم تربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً، فطلاق الولي يتم بعد انقضاء الأجل ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، خلافاً لما جاء في رواية المغني. ينظر: كتاب السنن لسعيد بن منصور، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٤. المصنف لابن أبي شيبة، كتاب النكاح، باب في امرأة المفقود: ٣/ ٥٢١. الدارقطني في السنن: ٣/ ٣١١، باب المهر، رقم: ٢٥٤. السنن للبيهقي، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين، رقم: ١٥٣٤٦. وينظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب لقلعة جي: ٧٨٨.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٧. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٠. ولم أجد هذا الأثر في كتب الآثار.

أما الأثر: فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر ثم تحل»[١]. وغيرها من الآثار الواردة عن الصحابة الكرام، وجميعها تتفق مع هذه الرواية.

وأما المعقول: فقد ذهبوا إلى أنه لا ولاية لولي المفقود في طلاق امرأته[٢]، إضافة إلى أن القاضي فرض عليها أن تعتد للوفاة فلا تلزم بأن تجمع معها عدة طلاق أيضاً قياساً على ما لو ثبت لديها وفاة زوجها[٣]؛ ثم إن الحكم بموته تم بناءً على دليل رجّح هلاكه، وهذا أوجب عليها عدة الوفاة وأباح لها أن تتزوج، فأشبه هذا الدليل ما لو شهد بموته شاهدان[٤].

المناقشة والقول المختار:

يرد على أدلة القول الأول بوجوب تطليق زوجة المفقود من قبل ولي الزوج ما يأتي:

١ ـ طعن ابن حزم ـ رحمه الله ـ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أمر ولي المفقود أن يطلقها، وقال أنه روي من طريق لا يصح[٥]. ثم إن هذا الأثر معارض بروايات كثيرة عن ابن عباس وابن عمر وكثير من التابعين من طرق متعددة، وجميع تلك الآثار لم تتعرض لوجوب تطليق زوجة المفقود من قبل وليه.

---

(١) الموطأ للإمام مالك، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، رقم: ٥٢ ـ ٢/ ٤٥٠ وقد سبق تمام تخريجه.

(٢) منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٠ ـ ٨١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٣) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٧.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

(٥) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٨.

بل إن كتب الآثار نقلت أن عمر رضي الله عنه قضى بأن يطلقها ولي زوجها، ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً، خلافاً لما جاء في المغني من أمره لها بأن تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم يطلقها ولي زوجها، مما يدل على الاضطراب الكبير في هذا الأثر.

٢ ـ إن ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال بتربصها أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، مخالف لما اشتهر عنه من القول بوجوب صبرها حتى يأتيها يقين موته[(١)].

وبناءً على ذلك يرى الباحث اختيار القول بعدم اشتراط تطليق ولي المفقود لضعف أدلة القول الآخر ولخروج ذلك عن نطاق صلاحية ولي الزوج، سيما وأن المرأة قد حُكِمَ عليها بأن تعتد لوفاته، فلا يصح أن تجتمع على المرأة عدتان لسبب واحد، ولو سُلّم بصحة الأدلة التي تشترط تطليق الولي، فيمكن أن تحمل على ما ذهب المالكية إليه من تقدير الطلاق.

تنبيه: نص المالكية على أنه لا بد من تقدير وقوع الطلاق من المفقود عند ابتداء العدة، ويتحقق وقوع الطلاق المقدر في أول العدة حكماً، عند دخول الثاني بها بعد انتهاء عدتها والعقد عليها[(٢)].

ويرد على هذا التقدير أنه لا حاجة له بعد الحكم بموت المفقود واعتداد زوجته عدة الوفاة ـ هذا ما أورده المالكية أنفسهم ـ وأجاب المالكية عن ذلك بأن التقدير يُحتاج إليه كي تفوت زوجة المفقود على زوجها إذا ظهر حياً بعد

---

(١) ينظر على سبيل المثال: المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٣٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٩.

دخول الثاني بها، إذ لو اقتصر الأمر على تقدير موته وحسب لم تفت عليه بدخول الثاني[١].

جاء في حاشية الدسوقي: «والحاصل: أنه يُقدَّر وفاته لأجل أن تعتد عدة وفاة، ويُقدر طلاقه لأجل أن تفوت على الأول بدخول الثاني ولأجل أن تكون حِلِّيَّتُهَا للأول إذا طلقها طلقتين قبل فقده بعصمة جديدة لا بالعصمة الأولى»[٢].

وما اشترطه المالكية من تقدير الطلاق لا يوجب على زوجة المفقود عدة طلاق، بل تعتد كعدة الوفاة؛ لأنها بحكم من توفي عنها زوجها، ولكن لما كان احتمال حياة المفقود أمراً وارداً، فقد اقتضى ذلك أن يُقَدَّر طلاقه كي يصح نكاحها من غيره وكي تفوت على الزوج الأول في حالة عودته بعد دخول الزوج الأخير بها.

ابتداء العدة:

الأصل أن عدة الزوجة تبدأ من اليوم الذي حدثت فيه واقعة الوفاة أو الطلاق، ويقوم مقام ذلك في حالة المفقود الموت الحكمي، فتبدأ عدة زوجة المفقود فور انتهاء مدة الأجل، أي في اليوم التالي لآخر يوم من السنة الرابعة، أو في اليوم التالي للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود أياً كانت هذه المدة التي اختلف الفقهاء في تحديدها، ولكن هل يجب على زوجة المفقود أن تراجع الحاكم كي يأذن لها بالاعتداد بعد انتهاء مدة التربص؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين بناءً على اختلافهم في وجوب صدور حكم بموته حتى يعد ميتاً وفيما يأتي بيان ذلك:

---

(١) حاشية الدسوفي: ٢/ ٤٨٠.

(٢) حاشية الدسوفي: ٢/ ٤٨٠.

القول الأول: تعتد المرأة فور انتهاء المدة دون حاجة إلى مراجعة الحاكم، وهذا أحد أقوال الحنفية، والمذهب عند المالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة في المفقود في ظروف الهلاك، وأحد رواياتهم في المفقود في ظروف السلامة[١]، وحجة هذا القول أن إذن القاضي لها بالتربص يتضمن الإذن بالاعتداد.

القول الثاني: يجب على المرأة أن تراجع الحاكم بعد انتهاء المدة المحددة للحكم بموت المفقود كي يأذن لها بأن تعتد، وهذا قول الحنفية في الراجح، والشافعية في وجه، والحنابلة في رواية، في المفقود في ظروف السلامة[٢].

واستدل أصحاب هذا القول بالأثر والقياس، أما الأثر فبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أمر زوجة المفقود أن تتربص، ثم عادت فأمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً[٣]، وهذا الأثر يدل على أنها لا تعتد إلا بعد إذن الحاكم لها بعد أمرها أولاً بالتربص.

---

(١) الدر المنتقى لعلاء الدين الإمام: ١/ ٧١٣ ـ ٧١٤. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٠ ـ ٤١. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. حاشية الجمل: ٤/ ٢٩. البيان للعمراني: ١١/ ٤٦ ـ ٤٧. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. القواعد لابن رجب الحنبلي: ٤١٧. الاختيارات العلمية لابن تيمية: ٤/ ٥٨٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨، ٤/ ٤٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. القواعد لابن رجب الحنبلي: ٤١٧.

(٣) المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٢.

وقياساً على عدة المرأة في فرقة العنة، فإن عدة المرأة لا تبدأ إلا بناءً على حكم القاضي بالفرقة، ولا يكتفى فيها بالأجل الذي ضربه أولاً، فكذلك زوجة المفقود، لا تبدأ عدتها إلا بناءً على حكم القاضي بموت الزوج[١].

ويميل الباحث إلى اختيار القول الثاني اعتماداً منه على ما اختاره أولاً من اشتراط صدور حكم قضائي حتى يعد المفقود ميتاً.

فعدة زوجة المفقود لا تبدأ إلا بناءً على حكم قضائي بموت المفقود؛ لأن وفاته لا تستقر إلا بقضاء يرجح كفة الخلاف فيها؛ ولأن الحاكم بمقتضى سلطته مكلف بالتحري عن المفقود والتحقق من مصيره، وقد يثبت لديه بعد أمره الأول بالتربص ما يرجح احتمال حياة المفقود أو يثبتها، فيأمرها بالانتظار، ثم إنَّ في حكم القاضي وأمره لها بالاعتداد نفي التهمة عن الزوجة إذ قد تتهم بالتقصير في التحقق من وجود زوجها لرغبتها بغيره؛ هذا عن بداية عدة زوجة المفقود إذا استمر الغموض ملابساً لمصيره لغاية الحكم بموته، أما إن تبين أنه مات أو طلقها في وقت معين، فإن عدتها تبدأ من ذلك الوقت في حال علمها بالموت أو الطلاق[٢]، فإن لم تعلم بهما إلا بعد انقضاء مدة من العدة فإنها تكمل ما بقي منها دون أن تعيد ما مضى، وإن علمت بوفاته أو طلاقه لها بعد انقضاء

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٨.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٢. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٢٩. الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٣. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢١. المدونة الكبرى: ٢/ ١٢. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٩. الأم للشافعي: ٨/ ٣٢٥. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٥٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٢٢٤.

كامل العدة، فلا عدة عليها؛ لأنها أجل يعقب الموت أو الطلاق فلا يشترط العلم بمضيه؛ ولأن القصد غير معتبر في العدة[(١)].

ولم يتعرض القانون السوري لبدء عدة زوجة المفقود بشكل خاص، إلا أنه أخذ بما اتفق الفقهاء عليه، ونص على أن العدة تبدأ من تاريخ الطلاق أو الوفاة، أو الفسخ أو التفريق القضائي[(٢)]، وهذا يفيد أن عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بموت زوجها.

أما القانون المصري فقد صرح بأن عدة زوجة المفقود لا تبدأ إلا من يوم الحكم بوفاته، أو صدور قرار من وزير الدفاع يتضمن الحكم بموته[(٣)].

* * *

*** المطلب الرابع ـ إحداد زوجة المفقود:**

الإحداد لغة مأخوذ من المنع، وفيها لغتان: أَحدَّتْ إحداداً فهي مُحِدٌّ ومُحِدَّةٌ، وحدَّتْ تَحِدُّ حِداداً فهي حادٌّ[(٤)]، ويروى بالجيم والحاء أشهر، وهو بالجيم مأخوذ من جَدَدْت الشيء إذا قطعته، فكأن المرأة انقطعت عن الزينة[(٥)].

---

(١) ينظر: الأم للشافعي: ٨/ ٣٢٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٩ ـ ١٣٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤.

(٢) المادة /١٢٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٣) المادة /٢٢/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩، والمعدلة بالقانون رقم /١٠٣/ لعام ١٩٥٨، وقد نصت هذه المادة على ما يأتي: «بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار من وزير الحربية باعتباره ميتاً.. تعتد زوجته..» الأحكام الخاصة بالمفقود لسيد حسن: ١٢٦.

(٤) لسان العرب لابن منظور، مادة: حدد. المصباح المنير للفيومي، مادة: حدد.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٣٤٩.

أما اصطلاحاً فهو: امتناع المرأة المتوفى عنها زوجها من الزينة كلها من لباس وطيب وغيرهما، وكل ما كان من دواعي الجماع[١].

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الحداد على المتوفى عنها زوجها[٢]، لقوله ﷺ: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تَحِد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»**[٣].

كما اتفقوا على عدم وجوب الحداد على الرجعية؛ لأنها في حكم الزوجة[٤]، أما المطلقة طلاقاً بائناً فقد اختلفوا في وجوب الإحداد عليها، فذهب الحنفية، والشافعية في القديم، والزيدية[٥]، إلى القول بوجوبه عليها؛ لأنه حق

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٩٥. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٤. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٦٠. التاج والإكليل: ٥/ ٤٩٤. حاشية العدوي: ٢/ ١٢٣. التمهيد لابن عبد البر: ١٧/ ٣١٥. الشرح الكبير لابن قدامة: ٩/ ١٤٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٠٣..

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٣٧. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٠٨. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٨٥. المنتقى للباجي: ٣/ ٣١٧. شرح الزرقاني: ٣/ ٢٩٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩ ـ ١٠٠. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٢. حاشية الجمل: ٤/ ٤٥٩. شرح البهجة الوردية للانصاري: ٤/ ٣٤٧. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٠١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٢٠٣.

(٣) البخاري، كتاب الطلاق، باب دون ترجمة، حديث: ٥٣٣٤. مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الاحداد في عدة الوفاة، حديث: ١٤٨٦.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٥. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٣٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٥٨. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٩٥. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩ ـ ١٠٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٩. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٣١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢٠٨. درر الحكام لمنلاخرو: ١/ ٤٠٤. مغني =

الشرع وإظهار للتأسف على فوات نعمة الزواج، خلافاً للجمهور الذين قالوا بعدم وجوبه عليها(١).

هذا حكم الإحداد في حالة وفاة الزوج حقيقة أو طلاقه لزوجته، لكن هل يجب الحداد على زوجة المفقود؟ أي هل يقوم الموت الحكمي مقام الموت الحقيقي بحيث يوجب الإحداد على زوجة المفقود التي أصدر القاضي حكمه بموت زوجها؟

لم يتعرض جمهور الفقهاء لبحث ذلك بصراحة، غير أن اتفاقهم على وجوب عدة الوفاة عليها يقتضي الإحداد عليها؛ لأن القاضي أصدر حكماً بموته، والموت الحكمي وإن لم يكن بمرتبة الحقيقي إلا أنه يلحق به وتترتب عليه آثاره، إذ كيف يترتب على هذا الحكم إباحة زوجة المفقود للغير بعد انتهاء العدة، ولا يترتب عليه وجوب حداد زوجته، وإذا كان الحنفية، والشافعية في القديم يقولون بوجوب الإحداد على المطلقة طلاقاً بائناً، فمن باب أولى أن يكون الإحداد واجباً على زوجة المفقود.

أما المالكية فقد بحثوا حكم إحداد زوجة المفقود فاختلفوا في ذلك على قولين(٢):

= المحتاج للشربيني: ٩٩ ـ ١٠٠. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٢. التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني: ٢/ ٢٢٧.

(١) المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ١٤٥. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٢١٥. شرح المحلي على المنهاج: ٤/ ٥٢. المحلى لابن حزم: ١٠/ ٧٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٩. وذهب الشافعية إلى استحباب الإحداد للمطلقة طلاقاً بائناً على حين ذهب الحنابلة إلى أنه يباح ولا يسن.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٤. شرح الخرشي: ٤/ ١٤٨ ـ ١٥٠. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١.

القول الأول: الإحداد واجب عليها كزوجة المتوفى عنها زوجها حقيقة، وهذا القول هو المشهور في المذهب، وحجتهم فيه أنها تعتد من وفاة بعد أن حكم لها بموت زوجها، والإحداد واجب في عدة الوفاة[١].

القول الثاني: لا إحداد على زوجة المفقود، وحجة هذا القول أن الفرقة هنا يحتسب بها طلقة، فلا حداد في هذه العدة قياساً على عدم وجوب الإحداد على من طلقها زوجها وهو حاضر[٢].

ويستدل لهم أيضا بقوله ﷺ: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً**». يقول ابن حجر رحمه الله: «قوله ﷺ «**على ميت**». استُدل به لمن قال: لا إحداد على امرأة المفقود؛ لأنه لم تتحقق وفاته»[٣].

القول المختار: يرى الباحث اختيار القول بوجوب الإحداد على زوجة المفقود في فترة العدة؛ لأن الإحداد واجب على الزوجة عند عدة الوفاة، وهذا ينطبق على زوجة المفقود؛ لأن حكم القاضي بموت المفقود يجعله بحكم الميت، والموت الحكمي ملحق بالموت الحقيقي، وهذا يُدخله في حديث رسول الله ﷺ ويندرج تحت قوله ﷺ: «**على ميت**».

ووجوب الإحداد هو لازم عن القول بوجوب عدة الوفاة على زوجة المفقود، والقول بعدم الوجوب يعد تفريقاً بين المتلازمين.

* * *

(١) ينظر: المنتقى للباجي: ٤/ ٩١. كفاية الطالب لأبي الحسن المنوفي: ٢/ ١٢٢.

(٢) ينظر: المنتقى للباجي: ٤/ ٩١.

(٣) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٠٧. وينظر: نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٣٤٩.

* **المطلب الخامس ـ حكم بقاء زوجة المفقود في عصمته بعد الأجل:**

إذا انتهت مدة الأجل التي ضربها القاضي لزوجة المفقود ورغبت البقاء في عصمته فهل تملك ذلك؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن زوجة المفقود تملك البقاء في عصمة زوجها دون أن تطلب الحكم بموته، ولها الحق أيضاً باختيار البقاء في عصمته خلال مدة التربص التي يفرضها القاضي إذا ما رفعت أمرها إليه طالبة التفريق لفقدان زوجها.

غير أن الخلاف يظهر فيما إذا رغبت زوجة المفقود البقاء في عصمة زوجها بعد انتهاء مدة التربص والحكم بموت المفقود، وقد نصت كتب المالكية على ذلك صراحة، ونقلت اتفاق فقهاء المذهب على أنه لا حق لها في اختيار البقاء في عصمة الزوج بعد انتهاء العدة؛ لأنها أبيحت لغيره بانتهاء عدتها؛ ولأن الحكم بموت زوجها لا ينتقض إلا إذا انكشف خطأ ذلك(١).

أما إذا أرادت اختيار البقاء في عصمة زوجها خلال مدة العدة فقد اختلف فقهاء المالكية في ذلك على قولين:

الأول: لا حق لها في البقاء في عصمته بعد شروعها في العدة على المعتمد في المذهب؛ لأن العدة وجبت عليها بعد الحكم بموته، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها.

الثاني: لها حق البقاء مادامت في العدة ولم تخرج منها(٢).

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٢٨. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٩.

أما الشافعية والحنابلة، فإنهم، وإن لم ينصوا على ذلك صراحة، إلا أن ما جاء في الأم والمغني من وجوب النفقة لزوجة المفقود في ماله حتى بعد خروجها من العدة ما لم تتزوج، يفيد أنهم يقولون ببقاء زوجة المفقود في عصمة زوجها بدليل استمرار نفقتها، ويؤكد ذلك تعليلهم استحقاقها النفقة من ماله بأنها مانعة له نفسها، ولم تخرج عن نكاحه بعد[1].

وما سبق يرد على رأي من يقول بضرب الأجل لزوجة المفقود وحصول الفرقة بعد انقضاء الأجل، أما على القول الثاني بعدم التفريق وبقاء زوجة المفقود على حكم الزوجية حتى يأتيها بيان موته أو طلاقه لها، فلا شك في أن الزوجة باقية في عصمته ما لم يفسخ القاضي نكاحها لسبب آخر، بل إن الشافعية على الجديد في الأصح يوجبون نقض حكم التفريق بمقتضى القديم قبل ثبوت موت المفقود لمخالفته القياس الجلي[2]، إذ لا يجوز أن يكون المفقود حياً في ماله وميتاً في حق زوجته؛ لأن النكاح أولى من المال في المراعاة حيث يحتاط له[3].

* * *

*** المطلب السادس ـ أثر الحكم بموت المفقود في ميراث زوجته:**

لمعرفة حكم ميراث زوجة المفقود وأثر الحكم بموت زوجها على ذلك، لا بد من التمييز بين حالتين، الأولى: أن يصدر الحكم بموته بعد انقضاء مدة

---

(١) الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٢) القياس الجلي: هو ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق، كقياس إحراق مال اليتيم على أكله. ينظر: فواتح الرحموت للأنصاري: ٢/ ٣٢٠. الإبهاج للسبكي: ٢/ ١٧٦. التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٣/ ٢٩٥. اللمع للشيرازي: ٩٩.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٨ ـ ٣٧٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠. حاشية الجمل: ٤/ ٤٥٧.

التعمير، والثانية أن يحكم بموته بعد انقضاء السنين الأربع، وفيما يأتي بيان أثر الحكم في كل حالة:

أ ـ أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء مدة التعمير على ميراث زوجته:

اتفق الفقهاء على أن زوجة المفقود تستحق نصيبها من تركة زوجها إذا ثبتت وفاة زوجها ببينة في وقت لا تزال فيه على عصمته، وكذلك فإنها ترث منه إذا حُكِم بموته بقرينة تقوم مقام البيِّنة وذلك بانقضاء مدة التعمير التي يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ـ على اختلاف بين الفقهاء في تحديدها ـ شريطة أن ترضى البقاء في عصمته حتى انتهاء تلك المدة[1].

وحجتهم في استحقاقها الميراث أن الزوجة باقية على زوجيتها وقت الموت، والزوجية هي أحد أسباب التوارث[2].

فإذا كانت زوجة المفقود قد خرجت عن عصمة زوجها قبل انقضاء مدة التعمير، كأن تتزوج بغيره بناءً على حكم القاضي بموته بعد أربع سنين ـ عند من يقول بذلك ـ فهل تستحق الزوجة نصيبها من الميراث عند قسمة تركة المفقود بعد انتهاء مدة التعمير؟

يختلف حكم الميراث هنا على قولين: الأول: لا ميراث لها على القول بجواز نكاحها بعد الحكم بموته بعد أربع سنين، لزوال سبب التوارث فالنكاح

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٤. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٨. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩..

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٢٩. القوانين الفقهية لابن جزي: ٣٥٢. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٥. الشرح الكبير لابن قدامة: ٧/ ٤.

الأول انقطع بدخول الثاني، غير أنها ترث من الزوج الثاني إذا توفي قبلها لقيام الزوجية.

أما على القول بعدم جواز نكاحها وعدم صحة نكاح الثاني، فإنها لا تستحق الميراث منه؛ لأن حكم زواجها قائم بدليل أحقية المفقود بها لو عاد[١].

ب ـ أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء السنين الأربع على ميراث زوجته:

اختلف الفقهاء في حكم ميراث الزوجة في هذه الصورة بناءً على اختلافهم في جواز الحكم بموته بعد أربع سنين، وفيما يأتي بيان ذلك:

ذهب الحنفية، والشافعية في الجديد الأصح، والحنابلة في المفقود في ظروف السلامة، إلى عدم جواز الحكم بموته بعد هذه المدة[٢]، وهذا يفيد أن زوجة المفقود لا ترث منه بناءً على الحكم بموته بعد السنين الأربع ـ عند من يقول بذلك ـ؛ لأن المفقود يعد حياً فيما يخص ماله وزوجته، فلا يقسم ماله ولا تعتد زوجته حتى تقوم بينة بموته أو ما يقوم مقامها.

وأما على قول المالكية ـ في مفقود أرض الإسلام في ظروف السلامة، وأحد أقوالهم في المفقود في أرض العدو زمن السلم والحرب ـ، والشافعية في

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١١١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. وينظر: ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٤٩ ـ ١٥٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧ ـ ٩٨.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. اللباب للميداني: ٢/ ١٢٦. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦، ٧/ ٢٥٠. معني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٤٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥، ٩/ ٢٩٤. المغني لابن قدامة: ٦/٢٦٣، ٨/ ١٠٦.

القديم، والحنابلة في المفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، بجواز الحكم بموته بعد انقضاء أربع سنين، فإنهم وإن قالوا بجواز ذلك في حق زوجته، إلا أنهم اختلفوا في سريان هذا الحكم على أمواله.

فذهب الحنابلة إلى التسوية بين أمواله وزوجته في هذا الحكم، فإذا حكم القاضي بموت من فقد في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها بعد أربع سنين، فإن هذا الحكم يطول زوجته وماله بآن معاً، فإذا اعتدت زوجته قسم ماله في المذهب عندهم؛ لأن تأخير القسمة يضر بالورثة ويعطل منافع المال[1].

أما المالكية والشافعية في القديم فقد فرقوا في الحكم بين ماله وزوجته، فإذا حكم القاضي بموت المفقود بعد أربع سنين، كان هذا الحكم قاصراً على زوجته فتعتد وتتزوج إن شاءت ولا يطول الحكم بموته أمواله؛ لأن المفقود يعد حياً في حق ماله، وليس لأحد أن يرثه إلا بعد ثبوت موته حقيقة أو بانقضاء مدة التعمير[2]، وهذا يفيد عدم استحقاق الزوجة شيئاً من أمواله إن حُكِم بموته بعد انتهاء مدة التربص.

إلا أن المالكية استثنوا من ذلك أربعة أحوال ذهبوا إلى توريثها فيها بعد الحكم بموته[3]، وذلك إذا ثبت أن المفقود مات في حالٍ يقضى له بالزوجة إن

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١١١ ـ ١١٢. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦، ٩/ ٢٨٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٤٥، ٥/ ٤٢١.

(٢) التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٤. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٨. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧ ـ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥ ـ ٣٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٣/ ٤٢١ ـ ٤٢٢، ٨/ ٢٥٣.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢١.

عاد، أي في الحالات التي لا تفوت الزوجة بها على المفقود وهي:

- **الأولى**: أن يثبت موت الزوج المفقود حقيقة خلال مدة العدة من وفاته الحكمية بعد انقضاء مدة التربص.
- **الثانية**: إذا ظهر أن المفقود مات بعد انقضاء العدة ولكن قبل أن يعقد عليها غيره.
- **الثالثة**: إذا ظهر أن الزوج المفقود مات بعد انقضاء العدة وبعد عقد غيره عليها لكن قبل الدخول.
- **الرابعة**: أن يظهر موته بعد العقد عليها ودخول الثاني بها، شريطة أن يعلم الأخير بحياة المفقود أثناء عقده، أو وقت دخوله بها، فإن تبين أنه عقد عليها ودخل بها في حياة المفقود غير عالم، ثم مات المفقود، فلا حق لها في استحقاق الميراث منه؛ لأنها فاتت على المفقود وصارت للثاني الذي باشرها دون علم بحياة الأول.

وخلاصة القول: إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد أربع سنين، فلا أثر لهذا الحكم في قسمة ماله وتوريث الغير منه عند جمهور الفقهاء؛ لأنه يعد حياً في ماله حتى يبلغ سن التعمير وعندها يقسم المال على ورثته آنذاك، خلافاً للحنبلية في المفقود في ظروف الهلاك، فقد ذهبوا إلى توريث زوجته عند الحكم بموته بعد أربع سنين.

ميراث زوجة المفقود في القانون: لم يتناول قانون الأحوال الشخصية السوري حكم ميراث الزوجة صراحة في ثنايا مواده، ولكن لما كان القانون قد ميز بين المفقود في ظروف السلامة، والمفقود في ظروف الهلاك، فإن المفهوم من المادة /٢٠٥/ يفيد أن زوجة المفقود في ظروف السلامة لا ترث إلا بعد

بلوغه الثمانين من العمر، أما المفقود في ظروف الهلاك فإنها ترثه بعد الحكم بموته بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، يؤكد ذلك ما جاء في المادة /٢٦٠/ بأن الإرث يُستحق بموت المورث أو بالحكم القضائي بموته، ولا يَستحق أحد من ورثته شيئاً من تركته إلا إذا كان حياً وقت الحكم بموته، ويشهد لذلك اجتهاد محكمة النقض رقم /١٤٤٦/ حيث جاء فيه: «يعتبر المفقود ميتاً بالنسبة لمال غيره وحياً بالنسبة لمال نفسه حتى صدور الحكم بموته ببلوغه الثمانين من عمره أو باعتباره ميتاً بعد مرور أربع سنوات على فقدانه في حالة يغلب فيها الهلاك كالحرب..»[1].

وخلافاً للقانون السوري فقد نص القانون المصري صراحة على قسمة ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار بموته بعد أربع سنين في ظروف الهلاك، أما في ظروف السلامة فالأمر مفوض إلى القاضي لتحديد المدة التي يحكم بموته بعد مضيها[2].

❐❐❐

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري للاستانبولي: ٢/ ١٣٦٠.

(٢) ينظر: المادتان رقم /٢١ ـ ٢٢/ من قانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩، واللتان عدلتا بالقانون رقم /١٠٣/ لعام ١٩٥٨.

الفصل الثالث

الأحكام المتعلقة بأموال المفقود

المبحث الأول

التصرف في مال المفقود، وأثر الفقدان على عقوده المالية

بحثت في الباب الأول حكم التصرف في أموال الغائب وإدارة أمواله حال غيبته بشكل مفصل، وهي في معظمها تشمل أحكام التصرف بمال المفقود قبل الحكم بموته، وليس ثمة فروق تذكر إلا في بعض المسائل، حيث يختلف حكم التصرف فيها بين من كانت أخباره معلومة، وغيبته غير منقطعة، ومن كانت أخباره مجهولة وغيبة منقطعة، وهي حالة المفقود؛ ولذلك لن أتعرض لكثير من المسائل التي بحثتها في الباب الأول تجنباً للتكرار والإطالة، إنما سأبين ـ بعونه تعالى ـ حكم التصرف بمال المفقود التي يشترك فيها مع الغائب بشكل مختصر، وأتوسع في الحالات الخاصة بالمفقود، مع بيان أثر غيابه على العقود والتصرفات التي أجراها قبل فقدانه في المطلبين الآتيين:

* * *

*** المطلب الأول ـ رعاية أموال المفقود وإدارتها:**

يحتاج المال الذي تركه المفقود في بلده إلى حفظ ورعاية وإدارة، حرصاً على عدم ضياعه وتعرضه للهلاك، والمفقود عاجز عن القيام بذلك لانقطاعه عن هذا المال.

ولا يخلو المفقود[1] أن يكون واحداً من ثلاثة، فإما أن يترك ماله وديعة عند أمين أو أن يقيم وكيلاً عنه قبل غيابه، أو أن يغيب ويترك ماله دون توكيل أو إيداع. وسأبحث كل حالة من هذه الحالات بشكل مستقل في النقاط الآتية:

النقطة الأولى ـ إذا ترك المفقود ماله وديعة عند أمين:

إن حفظ الوديعة موكول إلى الوديع، ويجب عليه الوفاء بذلك، ولكن قد تطرأ بعض الأمور خلال مدة غياب المفقود، كأن تحتاج الوديعة إلى مؤونة أو نفقة لحفظها، وقد يرغب الوديع بالتخلص من الوديعة ودفعها إلى غيره لعجزه عن حفظها أو لطول مدة بقائها عنده، وقد يحكم بموت المفقود وليس ثمة وارث له فكيف يصنع بالوديعة؟ سأبحث ذلك في المسائل الآتية:

١ ـ المسألة الأولى: كيفية حفظ وديعة المفقود إذا احتاجت إلى مؤونة أو نفقة، أو كانت سريعة الفساد:

إذا احتاجت وديعة المفقود إلى النفقة، كأن كانت حيواناً مثلاً أو بضاعة تحتاج إلى مواد حافظة وغير ذلك، ولم يترك المفقود ما يكفي للإنفاق عليها فكيف ينفق المودَع عليها؟

الأصل أن المودَع لا يلزمه الإنفاق من ماله، فإذا أنفق على حفظها من ماله دون إذن القاضي مع تمكنه من ذلك، فهل يرجع ذلك على صاحبها إذا عاد؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، فذهب الحنفية والشافعية،

---

(١) المقصود بالمفقود هنا المفقود الذي يتمتع بالأهلية الكاملة، أما معدوم الأهلية أو ناقصها، فإن إدارة أمواله ورعاية شؤونه موكولة إلى من كانت له الولاية أو الوصاية، أو القوامة عليه.

والحنابلة في وجه[1]، إلى أن الوديع يعد متبرعاً، ولا يرجع فيما أنفقه على صاحبها إن عاد؛ لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم.

وذهب الحنابلة في الوجه الثاني[2]، إلى أن المودَع يملك الرجوع على صاحبها بما أنفق؛ لأنه مأذون فيه عرفاً.

أما إن لم يكن ثمة قاض يستأذنه، أو كان المودَع في مكان يتعذر الوصول منه إلى القاضي قبل هلاك الوديعة، واحتاج للإنفاق عليها، أنفق ورجع بما أنفقه على صاحبها[3]. واشترط الشافعية في المعتمد، والحنابلة في أحد أقوالهم وجوب الإشهاد لرجوعه على المالك[4].

أما إذا كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بطول الزمان، أو خشي من هلاكها، فللوديع أن يستأذن القاضي في بيع وديعة المفقود وحفظ ثمنها، فإن لم يجد قاضياً كان له أن يفعل ذلك بنفسه[5]. فإن كانت الوديعة مأمونة الفساد،

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٢٦. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٥. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٢٩٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٣٤. الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: ٧/ ٢٩٠ ـ ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٢) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٢٩١.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٢٦. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٢٩٥. حاشية الجمل: ٤/ ٨١. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٢٢. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٥٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠٩.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٣٤. حاشية الشربيني بهامش شرح البهجة الوردية: ٤/ ٥٦. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ٢٩١.

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٥. المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٢٦. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٣٤. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٢٩٥. الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: ٧/ ٢٩١.

فليس له ذلك؛ لأن الانتقال من حفظ الوديعة صورة ومعنى، إلى حفظها معنى فقط عن طريق البيع بلا ملجىء غير جائز(١).

٢ ـ المسألة الثانية: دفع وديعة المفقود للغير:

إن فقدان صاحب الوديعة وعدم العثور على وكيل أو ولي للمفقود يجعل رد وديعته أمراً متعذراً، ولكن هل يملك المودَع أن يدفعها وديعة عند غيره؟

لا خلاف بين الفقهاء(٢) في جواز دفعها للحاكم، أو لمن نصبه القاضي للقيام بحفظ أموال المفقود وإدارة شؤونه، في حال وجود عذر، كخوفه الهلاك على نفسه أو على الوديعة، أو رغبته في السفر والطريق مخوفة غير آمنة، أو عجزه عن حفظها لانهيار حرزها، أو غير ذلك من الأعذار؛ لأن القاضي نائب عن المفقود في الحفظ(٣).

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١.

(٢) وهذه المسألة فرع عن جواز دفع وديعة من كانت غيبته غير منقطعة في حال وجود عذر، التي مر بحثها في الباب الأول من هذه الرسالة؛ لأن المفقود غائب وزيادة. ينظر للوقوف على آراء الفقهاء في ذلك: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٧٤. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١١٢. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٩ ـ ١٣٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦، ١٣٢. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٣ ـ ١٧٤. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٥. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٥٠. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٠٦. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦ ـ ١١٧.

لكنهم اختلفوا في حدود تصرف الأمين بوديعة المفقود إذا لم يكن له عذر مسوغ[1]، هل يحتفظ الوديع بوديعة المفقود لحين حضوره أو معرفة حاله مهما طالت المدة، أم يتصدق بها، أم يسلمها إلى القاضي؟ انقسمت المذاهب الفقهية على عدة أقوال وفيما يأتي بيانها:

القول الأول: يجب على الوديع إمساك وديعة المفقود حتى يتبين أمر صاحبها وتظهر حياته أو يتأكد موته، ولا يجوز له أن يتصدق بها، وهذا عند الحنفية[2].

القول الثاني: إذا طال زمن غياب المودع وأيس منه تصدق الوديع بها في مصالح المسلمين وهذا ما ذهب إليه المالكية[3]، والعز بن عبد السلام ـ رحمه الله ـ من الشافعية[4]، والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم[5]. إلا أن الحنابلة يشترطون على الوديع أن يقرن تصدقه بها مع نيته في أن يعوض صاحبها إذا عاد، أو عرف له وارثاً.

---

(١) يبدو أن الفقد عند جمهور الفقهاء يعد عذراً مسوغاً للتصرف بوديعة المفقود، حيث تدفع إلى القاضي أو يتم التصدق بها، خلافاً للحنفية الذين لم يجعلوا الفقد أحد الأعذار التي تحل الوديع من الضمان في حال دفع الوديعة إلى غيره.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٧٦، ٨/ ٣٧١. مجمع الضمانات للبغدادي: ٨٢. المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٢٩.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٤٠٥. المدونة الكبرى: ٤/ ٤٤٥.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧. وينظر: أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٥٤.

(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٥. القواعد لابن رجب الحنبلي: ٢٢٤. مطالب أولي النهى: ٤/ ٦٥. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢١٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٢٣. وقد أطلق الفقهاء في مقدار الوديعة، وهذا يفيد شمول ذلك للكثير والقليل على حد سواء.

القول الثالث: يدفعها إلى قاض أمين، وهذا مذهب أكثر الشافعية، والحنابلة في رواية[(١)].

الأدلـــة:

١ ـ **أدلة القول الأول:** استدل الحنفية لقولهم بوجوب إمساكها حتى يظهر أمره بما يأتي:

آ ـ إن الوديع التزم بحفظ الوديعة لمالكها، فعليه الوفاء بما التزم[(٢)]؛ لأن رسول الله ﷺ كان يقول في العهود: **«وفاء لا غدر فيه»**[(٣)].

ب ـ إن الوديعة أمانة في يد المودع، إذا هلكت لم يضمنها؛ لقوله ﷺ: **«ليس على المستعير غير المغل ضمان[(٤)]، ولا على المستودع غير المغل**

(١) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧٥. القواعد لابن رجب: ٢٢٤.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٢٩.

(٣) هذا جزء من حديث الوفاء بالعهد في الغزو، وقد ذكره الحنفية في كتبهم مرفوعاً، إلا أنه موقوف على عمرو بن عبسة كما ورد في كتب الحديث، وقد أجاب عمرو معاوية رضي الله عنه عندما سأله عن هذا القول، وقد سمعه يقوله، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«من كان بينه وبين قوم عهداً فلا يَحُلَّنَّ عهداً...»** أخرجه الترمذي، كتاب السير، باب ما جاء في الغزو، حديث: ١٥٨٠، وقال: «هذا حديث حسن صحيح». وأبو داود، كتاب الجهاد، باب ما جاء في الإمام يكون بينه وبين الغير عهد، حديث: ٢٧٥٩. وينظر: نصب الراية للزيلعي: ٤/ ٢٤١.

(٤) المغل من الغلول والإغلال: أي الخيانة. ينظر: سبل السلام للصنعاني: ٢/ ١٥٨. التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي: ٢/ ٢١٠. العناية للبابرتي شرح الهداية: ٨/ ٤٨٥.

ضمان»[١]، وصاحب الوديعة عندما وضعها عند الوديع كان بهدف أن يحفظها الوديع بنفسه دون غيره[٢]؛ ولذلك وجب على الوديع أن يمسكها إذا غاب صاحبها حتى يتبين أمره، فإن ظهر حياً أعادها إليه، أو ميتاً دفعها إلى ورثته.

٢ ـ أدلة القول الثاني: استدل القائلون بالتصدق بها بالآثار والمعقول:

أما الآثار فمنها:

آ ـ ما جاء عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية، فالتمس صاحبها سَنَةً فلم يجده وفُقد فأخذ يعطي الدرهم والدرهمين، وقال: «اللهم عن فلان، فإن أتى فلي وعلي»[٣].

يقول ابن حجر ـ رحمه الله ـ: «معنى قوله فلي وعلي: أي فلي الثواب

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب العارية، رقم: ١٤٧٨٢. والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث: ١٦٨، مرفوعاً عن النبي ﷺ، وأخرجه من قول شريح، والبيهقي في السنن، كتاب البيوع، باب من قال لا يغرم، رقم: ١١٢٦٦. وقد ضعف الدارقطني هذا الحديث وقال: «عمرو وعبيدة، ضعيفان وإنما يروى عن شريح»، ينظر: سنن الدارقطني: ٣/ ٤١. الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٨١. خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري: ٢/ ١٥٠. نيل الأوطار للشوكاني: ٥/ ٣٥٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤ ـ ٦٦٥. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٢٤٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ٢٧٤.

(٣) أورد البخاري هذا الأثر تعليقاً في صحيحه، كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، ينظر: فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٣٦. تغليق التعليق لابن حجر: ٤/ ٤٦٨. وروى البيهقي نحوه في السنن، كتاب اللقطة: ٦/ ١٨٧. وينظر أيضاً: شرح معاني الآثار للطحاوي: ٤/ ١٣٩.

وعلي الغرامة»[١].

ب ـ ما روي عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه[٢] أنه ابتاع ثوباً من رجل بمكة، فضلَّ منه في الزحام، قال: فأتيت ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ فقال: «إذا كان العام المقبل فانشد الرجل في المكان الذي اشتريت منه فإن قدرت عليه، وإلا تصدق بها، فإن جاء فخيره بين الصدقة وإعطاء الدرهم»[٣].

أما المعقول فمن وجهين:

آ ـ إن الوديع مأمور بحفظ الأمانة وإمساكها لمالكها، وإذا أيس من وجود صاحب الوديعة فلا معنى للحفظ، فيقوم عندها بصرفها في مصلحة المالك، وهذا يتم بالتصدق بها عنه، وهو أولى من صرفها إلى بيت المال؛ لأنها ربما صرفت في غير مصرفها؛ ثم إن للفقراء نصيب من بيت المال، فإذا وصل إليهم هذا المال عن طريق سوى الإمام، فقد حصل المراد[٤].

ب ـ إن المقصود من المال تحقيق المصالح الدنيوية والأخروية، ومصالح الآخرة أولى المصلحتين، وقد تعينت هنا لتعذر الأخرى.

واستدل الحنابلة لاشتراطهم ضمان الصدقة بما جاء في أثر عبد العزيز السابق، حيث طلب ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ منه أن يخيره حال حضوره

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٣٧.

(٢) **عبد العزيز بن رفيع**: الأسدي أبو عبدالله المكي، نزيل الكوفة، ثقة، روى عن ابن عباس وأنس، وروى عنه الثوري، مات سنة ثلاثين ويقال بعدها وقد جاوز التسعين الجرح والتعديل للرازي: ٥/ ٣٨١. الثقات للبستي: ٥/ ١٢٣.

(٣) أشار البخاري إلى هذا الأثر تعليقاً في باب حكم المفقود من كتاب الطلاق، حيث قال: «وقال ابن عباس نحوه»، غير أن ابن حجر ذكر أن سعيد بن منصور وصله من طريق عبد العزيز بن رفيع عن أبيه، وجاء بالأثر كاملاً، ينظر: فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٣٧.

(٤) القواعد لابن رجب: ٢٢٥.

بين ثواب الصدقة وبين إعطاء قيمتها؛ ولأن الصدقة عنهم دون ضمان يعد إضاعة لمال المالك لا على وجه البدل، وهو غير جائز[١].

٣ ـ **أدلة القول الثالث**: استدل الشافعية والحنابلة لقولهم بدفعها إلى القاضي الأمين، بأن قبض الحاكم لها، يقوم مقام قبض مالكها؛ لأنه نائب الغائبين ويلزمه القبول[٢].

ويرى الباحث اختيار ما ذهب إليه الحنابلة من جواز التصدق بها بشرط ضمان قيمتها لصاحبها إن عاد؛ لأن الوديع قد انتظر عودته كثيراً وأيس من رجوعه، وفي إلزامه الاستمرار بالحفظ لمدة غير معلومة، مشقة بالغة غير محتملة، وفي اشتراط الضمان عليه مراعاة لحق المفقود من الضياع.

أما القول بدفعها إلى القاضي، فيبدو أن العز بن عبد السلام ـ رحمه الله ـ قد رغب عنه لما رآه من فساد الزمان واختلال القضاء، وهذا في زمن العز ـ رحمه الله ـ فكيف في قضاء هذا الزمان؟!

٣ ـ المسألة الثالثة: التصرف بالوديعة بعد الحكم بموت المفقود أو بعد بيان حاله:

إذا حكم القاضي بموت المفقود، أو زالت الجهالة المحيطة بحياته بحيث تبين موته وظهر حاله، فإن كان له وارث دفعت هذه الوديعة إليه، ولكن ما الحكم إن لم يكن للمفقود وارث، وما الذي يصنعه المودَع بالوديعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يتصدق بها في أهم مصالح المسلمين، وهذا ما ذهب إليه

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٢٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٣٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١١٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١١٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٢٣.

المالكية والعز بن عبد السلام من الشافعية، والحنابلة في القول الراجح[(١)]، وقد عرضت أدلة هذا القول في المسألة السابقة.

القول الثاني: يجب رد هذه الأمانة إلى بيت مال المسلمين، وهذا عند الحنفية، وأكثر الشافعية، والحنابلة في قول[(٢)]؛ لأنه مال لا وارث له، فيصرف إلى بيت مال المسلمين؛ لأن بيت المال وارث من لا وارث له[(٣)].

وذهب الحنفية في أحد أقوالهم إلى أن للوديع أن يصرف الوديعة إلى نفسه في هذه الحالة؛ لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاعت؛ لأنهم لا يصرفونه في مصارفه، فإذا كان مستحقاً أخذه هو وإلا دفعه إلى من يستحقه[(٤)].

وثمرة الخلاف بين القولين تظهر في حال عودة المفقود وظهوره حياً وطلبه لوديعته، فعلى القول الأول يكون مخيراً بين أن يرضى بثواب الصدقة أو يطلب التعويض من الأمين، ويكون ثواب الصدقة للوديع، وعلى القول الثاني يرجع بها على بيت المال فيعوضه قيمتها.

النقطة الثانية ـ إذا ترك المفقود ماله عند وكيله الذي أقامه قبل فقده:

إذا كان المفقود قد أقام وكيلاً عنه قبل غيابه في حفظ أمواله وإدارة

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٤٠٥. المدونة الكبرى: ٤/ ٤٤٥. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧. القواعد لابن رجب: ٢٢٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٥. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢١٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٣٦. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧. القواعد لابن رجب: ٢٢٥.

(٣) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ١٣٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٢٧.

(٤) منحة الخالق لابن عابدين: ٣/ ٢٣٠. حاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٣٦.

شؤونها، فإن الوكيل وفي حدود وكالته[١] هو الذي يقوم بما وُكل إليه[٢]، وليس ثمة حاجة لإقامة وكيل عنه؛ لأن الوكيل لا ينعزل بفقد موكله إذا كان وكيلاً في أخذ حقه وحفظ ماله[٣]. وقد حدد الحنفية في بعض أقوالهم حدود تصرفات الوكيل بالحفظ فقط دون أن يتجاوزه إلى التصرف، فليس له مثلاً الحق في أن يعمر داره إذا احتاجت لذلك دون إذن الحاكم؛ لاحتمال أن يكون المفقود قد مات، والوكيل ليس وصياً عنه؛ ولأن التصرف يصبح للورثة[٤].

وثمة قول عند الحنفية ذهبوا فيه إلى أن وكيل المفقود لا يملك قبض ديونه التي أقر بها غرماؤه، ولا غلاته، فيقوم القاضي عندها بنصب وكيل يقوم بذلك، وقد اعتمدوا في ذلك على ما جاء عندهم في بعض النصوص التي صرحت بأن الوكيل لا ينعزل إذا كان وكيلاً في الحفظ، فله الحفظ فقط، كما اعتمدوا أيضاً على عبارات الفقهاء التي جاء فيها أن القاضي ينصب وكيلاً عن المفقود مطلقاً، ولم يقيدوا ذلك بحالة عدم وجود وكيل، وأجاب ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عن ذلك بأن فيه نظراً، فالقاضي إنما ينصب له من يأخذ بحقه ويحفظ ماله إذا لم

---

(١) إذا قصر الموكل مهمة الوكيل على بعض الأعمال ـ أي إذا كانت الوكالة مقيدة ـ فليس للوكيل أن يتجاوز حدود الوكالة وتعد بقية الأعمال كأنها ليس ثمة وكيل بها، أي يعد بحكم الأجنبي في سائر الأعمال التي لا تتضمنها الوكالة. ينظر: مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٤٨٣.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٢١/ ١٠٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٤٤. المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٥/ ١٠١.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٦.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. وينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٦. الفتاوى الهندية: ٢/ ٢٩٥.

يكن له وكيل في ذلك؛ لأن وكيله لا ينعزل بفقده، وقولهم إنه لا يملك قبض ديونه غير مسلَّم إلا بنقل صريح؛ لأنه إن لم ينعزل وقد وكله بذلك، فما المانع له من قبض ديونه؟[١].

وللحنبلية أيضاً قولان في منح وكيل المفقود الحق في قبض غلاته وديونه[٢].

وإذا كان المفقود قد وكل من يقوم بقبض ديونه واستيفاء حقوقه، فهل يملك هذا الوكيل المخاصمة عنه في إثبات حقوقه لدى الغير، أو نفي ما يدعيه الغير من حقوق عليه؟ للفقهاء آراء مختلفة في هاتين الحالتين وفيما يأتي بيان ذلك.

آ ـ في حال إثبات حقوق المفقود لدى الغير:

اختلف الفقهاء في حق الوكيل في الخصومة عن المفقود لإثبات حقوقه على قولين:

ذهب الإمام أبو حنيفة[٣] ـ رحمه الله ـ والمالكية[٤] والشافعية

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣.

(٢) ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٥١٩.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤.

(٤) ينظر: مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦. حيث نصوا على منح القاضي الحق في إثبات الديون والمخاصمة فيها، ومن باب أولى أن يمنح الوكيل هذا الحق، بل ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن مال الغائب إذا خيف عليه من الضياع أو الهلاك أو الغصب، وتقدم أحد أقرباء الغائب، أو آخر أجنبي عنه بادعاء أمام القضاء، وأراد المخاصمة عنه حسبة لله تعالى، مكن من ذلك، فإذا أعطي هذا الحق لشخص أجنبي لم يأذن له الغائب، فمن باب أولى أن يمنح هذا الحق للوكيل؛ لأنه مكلف بالحفظ بمقتضى عقد =

والحنابلة[1] إلى أن الوكيل يملك المخاصمة عن المفقود فيما جحد من حقوقه وديونه؛ لأن القول بعدم صحة مخاصمته يؤدي إلى تعذر استيفاء الحقوق بالوكالة[2].

على حين ذهب الصاحبان من الحنفية إلى عدم جواز ذلك؛ لأن إعطاءه الحق يقتضي ضمناً[3] القضاء للغائب، وهذا غير جائز عندهم إلا أن يحكم به قاض يرى جواز ذلك، فينفذ حينئذ بالاتفاق؛ لأن القضاء في أمر مجتهد فيه يجعله نافذاً، ثم إن الخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلاً بها، والوكيل بالقبض مؤتمن على المال، ولا يلزم من كونه مؤتمناً أن يهتدي في الخصومات، فرضى الموكل بقبض الوكيل لا يدل على رضاه بخصومته[4].

= الوكالة، والمخاصمة وإثبات الحقوق من أمور الحفظ، وهذا يتفق مع قولهم الثاني الذي اشترطوا فيه عدم تمكين الغير من الادعاء إلا بتوكيل من الغائب. ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٧٤. حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٤. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٣٥.

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١. ورأي الحنابلة يستفاد من قولهم بجواز القضاء للغائب تبعاً. ينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٢.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٧٠. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧١.

(٣) العناية شرح الهداية: ٦/ ١٤٢. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦٠. وثمة ملاحظة على ما ذهب الصاحبان إليه، فقد نقل الحنفية عنهما القول بمنع وكيل المفقود من المخاصمة عنه في حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه، وهذا يتناقض مع ما ذهبوا إليه من جواز القضاء للغائب. ينظر: منحة الخالق لابن عابدين بهامش البحر الرائق: ٥/ ١٧٦. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤/ ٢٠١. وهذا يؤكد اضطراب مذهب الحنفية في هذه المسألة، وقد بحثت ذلك مطولاً، وخلصت إلى ما ينبغي أن يصار إليه في هذا المذهب في الباب الأول من هذه الرسالة، ينظر ص: ١٠٧ ـ ١٠٨.

(٤) فتح القدير بهامش العناية: ٨/ ١١٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧٩.

ب ـ في حال الادعاء على المفقود بحق كدين، أو وديعة أو أي استحقاق آخر:

اختلف الفقهاء أيضاً في حق الوكيل في الخصومة عن المفقود لدفع ادعاء الآخرين على قولين:

ذهب الحنفية إلى عدم جواز ذلك؛ لأن الوكيل نصب للحفظ فقط، والمخاصمة ليست منها؛ ولأن القول بجواز ذلك يؤدي إلى القضاء على الغائب من حيث النتيجة، وهذا غير جائز عند الحنفية[١].

أما جمهور الفقهاء الذين أجازوا القضاء على الغائب، فإن قولهم بجواز القضاء عليه دون وكيل يقتضي أن يمكن الوكيل من المخاصمة عنه[٢].

النقطة الثالثة ـ إذا غاب المفقود وترك ماله دون وكيل أو أمين:

إذا لم يكن للمفقود وكيل ولا أمين، فإن القاضي هو الذي يتولى النظر في مصالحه، حيث يقيم من يتولى النظر في أمواله ويرعى شؤونه[٣]؛ لأن القاضي نصب لتحقيق مصالح المسلمين، ومن جملتها النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه، كالمفقود الذي يعجزه غيابه عن حفظ ماله والتصرف فيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٢.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠. روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٦١ ـ ١٦٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٦٦. حاشية الجمل: ٥/ ٣٦١. حاشية البجيرمي: ٤/ ٣٦١. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٣) الدر المختار للحصكفي بهامش حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

وحدود سلطة القاضي في مال المفقود أعم قليلاً منها في مال الغائب نظراً للحاجة، ولذلك نقل ابن عابدين ـ رحمه الله ـ ما قاله الرملي في ذلك قال: «وقد كثر في كلامهم للقاضي بُسُوْطة يد في مال المفقود ما ليس في مال الغائب»[1].

ويبدو لي أن السبب في إعطاء القاضي مجالاً أوسع في التعامل مع مال المفقود، أن الغائب وإن طالت غيبته، إلا أن عودته متوقعة، ومكانه وحياته معلومتان، مما يجعل أمر مراجعته ممكناً، وإن كان عسيراً في بعض الظروف، خلافاً للمفقود الذي تتعذر مراجعته نتيجة الغموض الذي أحاط مصيره، والجهل الذي اكتنف حياته ومكانه، فليس ثمة حاجة إلى اشتراطهم تعذر الاتصال به ومراجعته كما في حالة الغائب[2] حتى يصار إلى إعطاء القاضي السلطة على مال المفقود؛ لأن هذا الأمر متحقق في حالة المفقود، ولا شك أن حاجته أكبر.

وقد نص الفقهاء على كثير من التصرفات التي يملك القاضي أو وكيله القيام بها، وجميعها مقيد بتحقيق المصلحة للمفقود[3]، فله أن يباشر من الأعمال والتصرفات ما يحقق ذلك، وسأبين أهم تلك التصرفات في المسائل الآتية:

١ ـ المسألة الأولى: استيفاء حقوق المفقود من الغير:

واستيفاء الحقوق يشمل قبض الغلات والثمار الناتجة عن أملاكه، وما تدر من دخل وأرباح، ولا خلاف بين الفقهاء في قبض ذلك؛ لأنه من باب الحفظ[4].

---

(١) منحة الخالق لابن عابدين بهامش البحر الرائق: ٧/ ١٧.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٧٨. حاشية البجيرمي: ٣/ ١٨٨. وينظر: الفتاوى الهندية: ٥/ ٦١. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ١٩٠ ـ ١٩١. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣١١. المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٠٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧١.

(٤) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. العناية للبابرتي =

لكنهم اختلفوا في استيفاء ديونه الثابتة عند الغير على قولين: ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية[١]، إلى إعطائه الحق في قبض هذه الديون وحفظها؛ لأن القاضي نصب للنظر في مصلحة الغائبين والمفقود أحد أفرادهم، وهذا يخوله الحق في استيفاء ماله من ديون عند الغير بقصد حفظها.

وذهب الشافعية في قول آخر، والحنابلة في رواية ثانية[٢]، إلى عدم تمكينه من قبض هذا الدين؛ لأنه مضمون في يد المدين وقبضه منه يجعله أمانة في يد القاضي أو الوكيل، والضمان أحفظ وأصلح للمال من الأمانة.

فإذا كانت حقوق المفقود وديونه غير ثابتة، كأن جحد المدين، أو من بيده المال ـ منقولاً كان أم غير منقول ـ حق المفقود، فهل يملك وكيل القاضي أن يتولى الخصومة نيابة عن المفقود؟

اختلف الفقهاء في ذلك تبعاً لاختلافهم في مسألة القضاء للغائب، فذهب الحنفية[٣] إلى عدم إعطاء الوكيل الذي أقامه القاضي عن المفقود الحق في

= شرح الهداية: ٦/ ١٤١. وينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧.

(١) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٥٠. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤٦١.

(٢) نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣١٦. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤٦١.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤١. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠ ـ ٣١١.

الخصومة؛ لأن مهمته تقتصر على حفظ المال فقط دون أن يباشر الخصومة عنه، والوكيل ليس بمالك ولا نائب عنه، إنما هو وكيل من جهة القاضي والقاضي يلي الحفظ دون الخصومة، فكذا وكيله من باب أولى.

واستثنى الحنفية الحالة التي تنشأ الخصومة فيها في حق ثبت للمفقود نتيجة عن عقد باشره القاضي بنفسه، أو أنجزه قيمه نيابة عن المفقود، فعندها يملك الوكيل المخاصمة في هذه الصورة؛ لأنه يعد أصلاً في العقد لمباشرته إياه[١]، وما وجب بعقده فهو أحق بقبضه حتى وإن ظهر المفقود[٢].

أما جمهور الفقهاء[٣]، فقد ذهبوا من حيث النتيجة إلى جواز مخاصمة وكيل القاضي عن المفقود لإثبات حقوقه على الآخرين؛ لأن المخاصمة عنه تدخل ضمن مهمة الحفظ الموكولة إليه.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠ ـ ٣١١. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤١.

(٣) نص المالكية صراحة على إعطاء القاضي حق المخاصمة نيابة عن المفقود لإثبات حقوقه. ينظر: مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦. وكذلك الأمر عند الشافعية، فإن كانت الدعوى لميت أو غائب، فالقاضي الشافعي هو الذي يقيم من يدعي، وليس لغيره ذلك، أما الحنابلة، فليس ثمة نص صريح يدل على ذلك، إلا أن مهمة الحاكم الملزم بحفظ مال الغائب عند خوف الضياع تدل على ذلك، إذ لو لم يخاصم بها لأدى ذلك إلى ضياعها، فعلى القاضي في هذه الحالة أن ينصب قيماً عن الغائب أو المفقود يتعهد أمواله ويحافظ عليها ويخاصم في حقوقه، سيما أن المفقود غائب وزيادة. ينظر: فتاوى السبكي: ٢/ ٤٩٤ ـ ٤٩٥. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٣٤٤، ٢٧٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥، ٣٠٠. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣٢٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٧.

٢ ـ المسألة الثانية: قضاء الحقوق الواجبة على المفقود:

لا خلاف بين الفقهاء في منح القاضي أو من يقيمه نيابة عنه السلطة بإيفاء الحقوق الثابتة على الغائب إذا طلبها أصحابها وحل أجل الوفاء بها[١]، والمفقود أحد أفراد الغائب وهذا يعطي القاضي السلطة بذلك سيما وأن للقاضي ـ كما ذكر الحنفية ـ بُسُوْطة يد في مال المفقود ما ليس في مال الغائب[٢].

أما إذا كانت حقوق الغير وأموالهم غير ثابتة على المفقود، فهل ينتصب وكيل القاضي خصماً عن المفقود، ينوب عنه في رد الادعاء؟ وبعبارة أخرى: هل يصار إلى القضاء على المفقود؟

اختلف الفقهاء في ذلك نتيجة اختلافهم في القضاء على الغائب على قولين: ذهب الجمهور إلى جواز القضاء عليه[٣]، على حين اتفق فقهاء الحنفية على عدم جوازه[٤].

---

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ٣٠٠. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٣٠٠. حيث نص الحنفية والمالكية والشافعية على منح القاضي سلطة التصرف في مال الغائب للوفاء بحقوق ثبتت عليه، وهذا مقتضى مذهب الحنابلة الذين أعطوا للحاكم ولاية مال الغائب، ويشهد لذلك مسألة المشتري الهارب قبل دفع الثمن، فإن الحاكم يأخذ من ماله ويقضي عنه ما ثبت عليه إن كان له مال، فإن لم يكن له باع المبيع وقضى من ثمنه وحفظ الباقي. ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٢) منحة الخالق لابن عابدين: ٧/ ١٧.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤/ ١٦٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٣/ ١٧٢. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٠٨. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٦٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٣٠. الإنصاف للمرداوي: ١١/ ٢٢٤.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤. فتح القدير وبهامش العناية: ٦/ ١٤٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٧/ ١٧. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٢.

هذا فيما يتعلق بحقوق العباد الواجبة في مال المفقود، أما حقوق الله تعالى كالزكاة مثلاً، فهل يُخرج الوكيل الذي نصبه القاضي زكاة مال المفقود؟ بحث المالكية والحنابلة ذلك.

فذهب المالكية إلى التفريق بين مال وآخر، فما كان للمفقود من أموال نامية،كالمواشي، والحرث من حب وثمار، والمعدن كالركاز، فإن إخراج زكاتها واجب وإن كان صاحبها مفقوداً، ويجزىء إخراجها، ولا يضر عدم نية المالك؛ لأن نية المخرج تقوم مقام نيته[١]، ولا يُسقط فَقْدُ صاحب المال شيئاً من زكاة الأموال الآنفة الذكر؛ لأن أمره يحمل على الحياة لا على الوفاة[٢]، بخلاف ما للمفقود من عين كعروض التجارة، فإن فقد المالك يسقط زكاتها[٣].

والاختلاف بين العين وغيرها من الأموال، أن الماشية أو الحرث أو المعدن أموال ظاهرة وزكاتها موكولة إلى الساعي يأخذها قهراً، والتنمية موجودة في هذه الأموال[٤].

أما العين فإن زكاتها موكولة إلى أمانة أربابها لخفاء كثير من أمورها، فلا تؤدى الزكاة منها لاحتمال استغراق مال المفقود بدين، أو لعله مات، إضافة إلى أن المفقود مغلوب على عدم التنمية، ولهذا ذهب المالكية إلى وجوب إخراج زكاتها بعد زوال المانع ـ وهو الفقدان ـ لسنة واحدة، وقيل يبدأ الحول من حين عودته[٥].

---

(١) حاشية الدسوقي: ١/ ٤٨١. التاج والإكليل للمواق: ٣/ ١٩٧ ـ ١٩٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٢/ ٢٠٢.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي: ١/ ٣٣٣. وينظر: مواهب الجليل للحطاب: ٢/ ٧٠.

(٣) حاشية الدسوقي: ١/ ٤٨١. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٢/ ٢٠٢.

(٤) التاج والإكليل للمواق: ٣/ ١٩٧. الفواكه الدواني للنفراوي: ١/ ٣٣٣.

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٢/ ٢٠٢.

وذهب المالكية في بعض أقوالهم إلى تفسير آخر في سقوط زكاة العين بالفقد، فرأوا أن غياب المفقود يسقط وجوب إخراجها لاحتمال موته، وهذا لا ينافي إخراجها حال حضوره لكل عام فالفقد لا يسقط الزكاة كلياً، وإنما يوجب التوقف عن إخراجها مخافة حدوث الموت[1].

أما الحنابلة فقد نصوا على عدم سقوط الزكاة بالفقدان، ويزكى مال المفقود لما مضى قبل قسمته؛ لأن الزكاة حق واجب في المال وذلك بعد انتظار مدة أربع سنين[2].

أما الحنفية والشافعية، فلم أعثر لهم فيما بحثت فيه على نص في ذلك، إلا أن ما ورد عن الشافعية من القول بأنه يمتنع على القاضي إخراج زكاة الغائبين[3]، يفيد منعه من إخراج زكاة المفقود.

٣ ـ المسألة الثالثة: التصرف في مال المفقود:

والمقصود بالتصرف هنا القيام بما يحتاج المال إليه من بيع وإجارة وإقراض أو إيداع لدى الغير، وغيرها من التصرفات المالية، ومباشرة القاضي أو وكيله أياً من تلك التصرفات مقيد في حدود ما يحفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع، وما يحقق مصلحة المفقود، ويجب عليه أن يختار من تلك التصرفات الأحظ والأصلح لصاحب المال، فإن استطاع أن يحفظ بالإيداع أو الإجارة، فليس له أن يقوم بالبيع، إنما يملك أن يبيع من تلك الأموال ما يخاف عليه الهلاك، أو يتسارع الفساد إليه، كالثمار والزروع وغيرها من الأموال المعرضة

---

(١) حاشية الدسوقي: ١/ ٤٨١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٦/ ٢١٦.

(٣) تحفة المحتاج وحواشي العبادي والشرواني عليها: ٣/ ٣٣٤، ٣٥٣.

للتلف والفساد بمرور الوقت؛ لأن حفظ العين يتعذر عليه، فيلجأ إلى حفظ المالية، وسلطة القاضي مستمدة من كونه مكلفاً بالنظر في مصالح المفقود وإمساك أمواله من الضياع، وليس له أن يبيع ما لا يخاف الفساد عليه؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ، وفي البيع ترك حفظ الصورة دون ضرورة فلا يجوز[1].

التصرف بأموال المفقود في القانون:

حدد القانون السوري كيفية التصرف بمال المفقود، حيث أعطى القاضي السلطة في الإشراف على ذلك عموماً، فإذا غاب المفقود دون أن يترك وكيلاً، فإن القاضي يقوم بتعيين وكيل نيابة عنه يدعى بالوكيل القضائي[2]، أما إذا ترك وكيلاً عاماً قبل فقده، فإن رغبة المفقود وإرادته يجب أن تحترم، وعلى القاضي أن يحكم بتثبيت من اختاره المفقود وكيلاً، دون أن يقيم عنه وكيلاً آخراً.

إلا أن هذا الأمر مشروط بأن يكون الوكيل الذي أقامه المفقود مستوفياً للشروط الواجب توافرها في الوصي، والتي حددتها المادة /١٧٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري[3]، فإذا لم يستوف الوكيل تلك الشروط، أو فقد أحدها، سواء أكان ذلك عند اختيار المفقود له، أم طرأ عليه ذلك بعد غيبته،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥. فتح القدير والعناية بهامشه: ٦/ ١٤٢. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٢٦. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. روضة الطالبين للنووي: ٨/ ١٧٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ١٧١.

(٢) المدخل إلى علم القانون للقاسم: ٣١٣. المدخل إلى علم القانون لعبدالله: ٢٦٨.

(٣) مر الحديث عن هذه الشروط في الباب الأول من هذا البحث عندما بينت الرأي القانوني في إدارة أموال الغائب.

فإن القاضي يقوم بإلغاء وكالته، ويقيم وكيلاً آخر عن المفقود تجتمع فيه شروط الوصي، تحقيقاً لمصلحة المفقود وحفاظاً على أمواله وممتلكاته، وضماناً لحسن إدارتها والإشراف عليها.

وهذا ما نصت عليه المادة /٢٠٤/ والتي جاء فيها: «إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلاً قضائياً»[1].

ويتفق القانون السوري في ذلك مع القانون المصري، إلا أن الأخير كان أكثر دقة من خلال نصه على أن المحكمة تقوم بتعيين وكيل عن المفقود إذا كان كامل الأهلية[2]، أما معدوم الأهلية أو ناقصها، فإن الولي أو الوصي أو القيم هو الذي يتولى رعاية شؤونه.

أما سلطة الوكيل الذي يعينه القاضي، فقد نص القانونان السوري والمصري على أنه يسري عليه ما يسري على الوصي من أحكام[3]، وهي في جملتها لا تتعدى حدود الإدارة المعتادة والحفظ، فلا يجوز له مثلاً أن يتبرع من مال المفقود، ولا أن يتصرف في أموال المفقود بالشراء أو البيع، إلا أنه يستثنى

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري، جمع نجاة قصاب حسن: ١٧٥.

(٢) ينظر: المادة /٧٤/ والمادة /٧٥/ من قانون الولاية على المال والتي تنص على أنه: «في حالة وجود وكيل عام عن الغائب قد أقامه بمعرفته قبل غيبته، فإن المحكمة تحكم بتثبيت هذا الوكيل متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وفقاً للمادتين /٢٧ ـ ٢٨/ من هذا القانون وإلا عينت غيره». ينظر: قانون الولاية على المال المصري رقم: ١١٩ لعام ١٩٥٢. مدونة التشريعات المصرية، قوانين الأحوال الشخصية: ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٣) ينظر: المادة /٢٠٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة /٧٨/ من القانون رقم: ١١٩ لعام ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال المصري.

من ذلك بيع المنقولات التي يتسارع الفساد إليها كالثمار؛ لأن بيع هذه الأشياء يعد من قبيل الحفظ كما لا يجوز له المقايضة في أمواله أو المشاركة أو الإقراض أو الرهن، أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية، أو المرتبة لحق عيني.

وليس له أن يؤجر عقار المفقود لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو أن يصلح عقاره أو أن يرممه وغير ذلك من التصرفات دون إذن من المحكمة مباشرة، ويتضمن الإذن في هذه الحالة مدى التصرف وخطة العمل[1].

واشتراط إذن المحكمة قيد جيد على وكيل القاضي؛ لأن فيه زيادة حرص ومحافظة على أموال المفقود ومصالحه، واحتياط من الخطأ وسوء الاستعمال، والقاضي يستشير عادة أهل الخبرة والاختصاص في هذه الأمور قبل الإذن.

ولابد من الإشارة إلى أن إيجار منزل المفقود إن كان ثمة مصلحة، أضحى لا خطر فيه الآن بعد التعديل الأخير لقانون الإيجار، أما إيجار محلاته التجارية فينبغي أن يصار إلى عدم السماح لوكيل المفقود، أو الوكيل القضائي بالقيام بذلك في ظل القانون الحالي المخالف للشريعة الإسلامية؛ لأن إيجار محلات المفقود ينطوي على خطر، وفيه تفريط بحق المفقود وليس للوكيل أن يقوم بذلك، وما جاء به القانون من جواز الإيجار لا يدل على مخالفته للشريعة؛ لأن هذا القانون وُضع قبل صياغة قانون الإيجار المعمول به حالياً، فينبغي أن يعدل قانون الإيجار الخاص بالمحلات التجارية كما عدل قانون المساكن، أو أن تعدل الفقرتان (د وهـ) من المادة /١٨٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري، بحيث يمنع الوكيل من إيجار محلات المفقود.

---

(١) ينظر المواد: /١٨ ـ ١٨١ ـ ١٨٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري. والمادة /٣٩/ من القانون رقم: ١١٩ لعام ١٩٥٢ من قانون الولاية على المال المصري.

*** المطلب الثاني ـ أثر غياب المفقود على عقوده المالية وتصرفاته:**

إذا أبرم المفقود عقداً من العقود، أو صدرت عنه بعض التصرفات المالية قبل فقده، فهل يؤثر طارىء الفقدان على تلك العقود أو التصرفات؟

اتفق الفقهاء على استمرارية بعض العقود والتصرفات إذا انعقدت صحيحة قبل غياب المفقود، واختلفوا في أخرى، وليس لوكيل المفقود أو القاضي في حال ثبوت العقد واستمراره أن يتدخل لفسخ العقد أو نقض التصرف الذي لا يملك الأصيل نقضه. وسآتي على ذكر أهم تلك العقود والتصرفات:

١ ـ **الإجارة:** الإجارة اسم في اللغة، والأجر الجزاء على العمل. ويقال: أجر يأجِر وهو ما يعطى من أجر في عمل. وآجره الدار أكراها[١].

والإجارة في الاصطلاح عند الحنفية: «عقد على المنافع بعوض»[٢]، أو هي: «يبيع منفعة معلومة بأجر معلوم»[٣]، وعند المالكية: «تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة»[٤]، وهي عند الشافعية: «عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل بعوض معلوم»[٥]، أما الحنابلة فعرفوها بأنها: «عقد على المنافع تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما»[٦].

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة: أجر. مختار الصحاح للرازي، مادة: أجر.

(٢) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢٨. بداية المبتدي للمرغيناني: ١٨٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ١٠٥.

(٤) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٤/ ٢. وينظر: منح الجليل لعليش: ٨/ ١٠٨.

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٤٣٨. وينظر: نهاية الزين للجاوي: ٢٥٧. إعانة الطالبين للدمياطي: ٣/ ١٠٩.

(٦) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٦ ـ ٧. عمدة الفقه لابن قدامة: ٦١. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٥/ ٦٢.

وهي عقد لازم، لا يملك أي من الطرفين فسخها قبل انتهاء مدتها عند جمهور الفقهاء[١]، خلافاً للحنفية الذين قالوا بانفساخها للعذر[٢].

فإذا أجر المفقود قبل غيابه غيره شيئاً من ممتلكاته، منقولاً كان أم غير منقول، فإن إجارته تبقى على حالها ولا تنفسخ بغيبته المنقطعة وتستمر حتى نهاية مدتها.

وهذا ينطبق أيضاً على حالة كونه مستأجراً، حيث تستمر إجارته؛ لأنها كانت قائمة وثابتة قبل فقده، وحياة المفقود مازالت مقدرة وقائمة باستصحاب الحال، والاستصحاب يصلح حجة لإبقاء ما كان على ما كان[٣]، وملك المستأجر للمنفعة ثابت، أما موته في غيبته بعد فقده، فهو مجرد احتمال، والثابت لا يزول بالشك[٤]، ولهذا تستمر إجارته، وقد أورد الحنفية هذا التعليل؛ لأن موت أحد المتعاقدين يفسخ الإجارة إذا كان عقدها لنفسه في المذهب عندهم[٥]، خلافاً للجمهور الذين قالوا بلزوم هذا العقد كما مر.

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ١٣. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ٣٨٩. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٨٣. الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٦٥٢. الإقناع للشربيني: ٢/ ٣٥٠. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٤٨٥. روضة الطالبين للنووي: ٤/ ٣١٤. عمدة الفقه لابن قدامة: ٦١. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٥٨. الروض المربع للبهوتي: ٢/ ٣١٧.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٥/ ١٣٥. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٤١.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٣. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. وينظر: البحر المحيط للزركشي: ٦/ ١٧. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ٦٦٢ ـ ٦٦٣.

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٣. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٣. الفتاوى الهندية: ٢/ ٢٩٩. الأشباه والنظائر للسيوطي: ٥٠.

(٥) اللباب للميداني: ٢/ ٣١. وانفساخ الإجارة بموت الأجير أو المستأجر هو قول الظاهرية أيضاً. ينظر: المحلى لابن حزم: ٧/ ٥ ـ ٦.

وخلاصة القول: إن الحنفية والمالكية[١] نصوا على استمرار إجارته، ولم يتعرض الشافعية والحنابلة لهذه النقطة، إلا أن لزوم عقد الإجارة وعدم انفساخه بموت العاقدين[٢]، يدل على استمرار إجارة المفقود من باب أولى؛ لأن حياته محتملة.

٢ ـ **الوقف**: الوقف لغة من وقف، ويقال: وقف الأرض على المساكين أي: حبسها[٣].

أما في الاصطلاح فقد عرفه الحنفية بأنه: «حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة»[٤].

وعرفه المالكية بأنه: «حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد»[٥]، أو هي «إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيها ولو تقديراً»[٦]. وعرفه الشافعية بأنه: «حبس مال يمكن الانتفاع بـه مع بقاء عينه بقطـع التصـرف

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٧. المدونة الكبرى: ٢/ ٣٤. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٤٨٥. المهذب للشيرازي: ١/ ٤٠٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٣. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٥٨.

(٣) لسان العرب لابن منظور، مادة: وقف. مختار الصحاح للرازي، مادة: وقف.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٢٥. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٣٢. وتحبس العين عند الإمام على ملك الواقف، أما عند الصاحبين فتحبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٣٣٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ٢٠٧. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ٢٠٢. الهداية للمرغيناني: ٣/ ١٣.

(٥) مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٨.

(٦) منح الجليل لعليش: ٨/ ١٠٨.

في رقبته على تصرف مباح موجود»[١].

أما الحنابلة فقد ذكروا في تعريفه أنه: «تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر، تقربا إلى الله تعالى»[٢].

وإذا كان المفقود وقف قبل غيبته شيئاً من أملاكه على وجه من وجوه الخير مما يعود نفعه على الغير، فلا أثر لفقدانه في انقطاع وقفه أو نقض هذا التصرف، بل يستمر حبسه، وليس لوكيل المفقود أو القاضي أن يرجع عن هذا الوقف؛ لأن الواقف ذاته ليس له أن يرجع فيه عند جمهور الفقهاء[٣] إذا صدر عنه وتحققت سائر أركانه وشروطه، ولا يملك ورثة الواقف من بعده أن يرجعوا فيه

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٥٢٢. نهاية المحتاج للرملي: ٥/ ٣٥٨.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٤٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٣٩٧.

(٣) هذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة. ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٤/ ٧٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ٧٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٢/ ٤٦٤. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٣٥٨. الوسيط للغزالي: ٤/ ٢٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٢٩٢. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ١٠. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٤٢٦. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ١١. وخالف الحنفية الجمهور في لزوم الوقف، فالوقف لا يلزم عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إلا بأحد أمرين: أن يحكم به الحاكم المولى، أو أن يخرجه مخرج الوصية، بأن يعلقه بموته، وبناءً على هذا فليس للورثة الرجوع فيه بعد موته باتفاق الفقهاء. أما أبو يوسف ـ رحمه الله ـ فقد ذهب إلى لزومه بمجرد القول، وهذا ما رجحه ابن عابدين ـ رحمه الله ـ حيث قال: «وهو قول عامة العلماء وهو الصحيح». ينظر حاشية ابن عابدين: ٤/ ٣٣٨. واشترط محمد ـ رحمه الله ـ للزومه أن يجعل له ولياً ويسلمه إليه. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٣٣٨. الهداية للمرغيناني: ٣/ ١٣. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ٢٠٤. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧٣١ ـ ٧٣٢.

باتفاق الفقهاء؛ لأن الوقف عقد لازم(١)، ومن مقتضيات اللزوم أن لا يملك الواقف أو وارثه من بعده حق الرجوع عنه بعد انعقاده.

٣ ـ **القرض**: لا أثر لغيبة المفقود في إبطال قرضه أو إنهاء مدته، ويستمر هذا التصرف سارياً حتى انقضاء الأجل المتفق عليه؛ لأن المدين غير ملزم برد الدين قبل نهاية المدة، إلا أن يشترط صاحب الدين خلاف ذلك.

وليس للقاضي ولا لوكيله المطالبة بما للمفقود من دين عند الغير قبل انتهاء المدة(٢)؛ لأن الأصيل لا يملكه، فإذا حل أجل الوفاء به كان للقاضي أن يطالب به، أو أن ينصب من يأخذه ويحفظه للمفقود(٣).

ولن أتعرض لكيفية استيفاء ديون المفقود من الغير؛ لأن ما جاء في طريقة استيفاء ديون الغائب ينطبق عليها، وقد مر بحثها في الباب الأول من هذه الرسالة.

وكذلك إذا كان المفقود هو المدين، فإن غيابه لا يؤثر أيضاً في إنهاء مدة القرض، وليس للدائن أن يطالب بدينه على المفقود قبل أن يحل أجل الوفاء به؛ لأن حياة المفقود مستصحبة وتعد حجة في إبقاء ما كان على ما كان(٤).

---

(١) شرح زبد ابن رسلان الأنصاري: ٢٣١. روضة الطالبين: ٤/ ٣٩٣. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٥/ ٣٥٣. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ١٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٣. البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ١٥٠. حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٤٣. نهاية المحتاج للرملي: ٨/ ٢٧٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ١١/ ٤٦١.

(٤) بدائع الصنائع: ٦/ ١٩٦. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٣. البحر المحيط للزركشي: ٦/ ١٧. وينظر: المنخول للغزالي: ٣٧٢. الإبهاج للسبكي: ٣/ ١٦٩.

٤ ـ **العارية**: العاريَّة بالتشديد وتخفف، وهي من الإعارة والاستعارة، يقال: أعرته الشيء واستعرته عارية فأعارنيها[١]. وهي في الاصطلاح: «تمليك منفعة مؤقتة بغير عوض»[٢].

وقد نص المالكية على عدم تأثير الفقدان على استمرار عارية المفقود، فإذا كان أعار غيره شيئاً قبل فقده، فليس للوكيل أو القاضي أن يسترد العارية منه قبل مضي المدة المتفق عليها، فإذا مضت كان له أن يأخذها ويحفظها حسبما يراه محققاً لمصلحة المفقود[٣]. هذا إذا كانت العارية مقيدة بأجل معلوم، فإن لم تقيد بعمل ولا بزمن، كأن يقول: أعرتك هذه الدار، فالعمل أو الزمان المعتاد في مثلهما لازم لمعيرها؛ لأن العادة كالشرط[٤].

ومبنى هذا القول عند المالكية أن صاحب العارية المفقود، لو كان موجوداً، فليس له أن يسترد عاريته قبل انتهاء الأجل المتفق عليه؛ لأن القاعدة عندهم: إن من ألزم نفسه معروفاً لزمه[٥]، فإن قيل بعدم جواز رجوع المعير فيما أعاره قبل مضي مدته حال حضوره، فمن باب أولى أن يقال ذلك في حقه حال غيابه، أو في حق وكيله.

---

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة: عور.

(٢) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١١٤. التاج والإكليل للمواق: ٧/ ٢٩٦. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٤٥.

(٣) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي: ١/ ٣٠٧. منح الجليل لعليش: ٧/ ٦٢.

(٥) التاج والإكليل للمواق: ٧/ ٣٠١. منح الجليل لعليش: ٧/ ٦٢. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

أما عند جمهور الفقهاء[١]، فللمعير أن يرجع بالعارية متى شاء[٢]؛ لأنها عقد جائز غير لازم، وهذا يفيد منح هذا الحق لوكيل المفقود أو القاضي؛ لأن الأول نائب عن المفقود بإنابته، والثاني نائب عن الغائبين شرعاً.

٥ ـ **المضاربة**: المضاربة لغة مشتقة من الضرب في الأرض، سمي به؛ لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله[٣]، وأما في الاصطلاح: فهي عقد بين الشريكين، يدفع أحدهما مالاً إلى الآخر ليتجر فيه، والربح بينهما حسبما يتفقان عليه[٤].

وغياب الشريك المضارب، أو فقدانه لا أثر له في إنهاء هذه الشركة؛ لأنه ما لم يحكم بموت المفقود فحياته محتملة، وهذا يحول دون إبطال هذه الشركة عند الجمهور الذين يقولون بانفساخها بالموت[٥]، خلافاً للمالكية[٦].

---

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١١٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢١٥. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٥/ ٣٨٥. روضة الطالبين للنووي: ٤/ ٨٢. منهج الطلاب للأنصاري: ١٥٧. حاشية البجيرمي: ٣/ ١٠٢. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٦٥. منار السبيل لابن ضويان: ١/ ٣٩٨. دليل الطالب للحنبلي: ١٤٨.

(٢) استثنى الشافعية بعض الصور، منها أن يعير أرضاً لدفن ميت، فيدفن فيها، فليس له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس، أو أن يعيره جداراً لوضع الجذع عليه، ففي جواز الرجوع فيه وجهان. ينظر: روضة الطالبين للنووي: ٤/ ٨٢.

(٣) يطلق أهل الحجاز عليها القراض، وهي مشتقة من القرض، وهو القطع؛ لأن المالك يقتطع من ماله قطعة ويسلمها إلى العامل، ويقتطع العامل له قطعة من الربح. ينظر: الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ١٣٠.

(٤) اللباب للميداني: ٢/ ٦٠. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٨٦. روضة الطالبين: ٤/ ١٩٧. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ١٣٠.

(٥) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٦٣. روضة الطالبين للنووي: ٤/ ٢١٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٥/ ١٧٢.

(٦) القوانين الفقهية لابن جزي: ١٨٦.

وليس للقاضي أن يأخذ المال الذي تركه المفقود مضاربة ليحفظه له؛ لأن هذا المال محفوظ بحفظ المضارب الذي تعد يده يد نيابة عن صاحب المال في الحفظ، فلم تعد ثمة حاجة إلى حفظ القاضي(١).

أما إذا كان الهدف من أخذ مال المضاربة أداء حقوق وواجبات مالية ترتبت على المفقود، كالإنفاق على زوجته وأقاربه، أو الوفاء بدين حل أجله، فللقاضي أن يأخذ منه شرط أن يكون الحق ثابتاً على المفقود ـ على اختلاف بين الفقهاء في طريقة الإثبات ـ وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء(٢).

إلا أن المالكية ذهبوا إلى إعطاء القاضي سلطة أوسع، فقد خولوه النظر فيما للمفقود من مال مضاربة، ويستوثق منه ويأخذه له ويجعله حيث يرى؛ لأنه ناظر لكل غائب، فالفقدان عندهم يفسخ القراض(٣).

٦ ـ **الوديعة**: إذا ترك المفقود شيئاً من ماله وديعة له عند الغير، كان على الأمين أن يحفظها ويرعاها بموجب عقد المفقود معه؛ لأنه مأمور بالوفاء بعقده معه، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[المائدة: ١]، وقد التزم بحفظها عندما أخذها، فكان عليه الوفاء بما التزم به(٤).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ٣٠٠. المدونة الكبرى: ٤/ ١١٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٢٣٩.

(٣) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٤ـ ٣٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦.

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. العناية شرح الهداية: ٦/ ١٤٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

وليس للقاضي عند جمهور الفقهاء أن يسترد وديعة المفقود من يد مودَعه إذا كان ثقة أميناً؛ لأن يد المودَع يد نيابة عن المفقود في الحفظ، ثم إن المفقود لم يرتض أمانة غيره ولا يده[١].

والقاضي ليس له ولاية على الغائب إلا في حفظ ماله، وإنما يتسلط على أموال الغائبين إذا أشرفت على الضياع[٢]، والوديعة محفوظة في يد الوديع، وهذا يحول دون امتداد سلطته عليها.

وثمة قول عند الحنفية أجازوا فيه للقاضي أخذ الوديعة من الوديع، ووضعها عند ثقة، وقد وفق ابن عابدين ـ رحمه الله ـ بين القولين فحمل الأخير على ما إذا رأى القاضي مصلحة في ذلك، بأن كانت الوديعة عند غير ثقة، أما إن كانت بأمانة ثقة، فليس له أن يأخذها؛ لأنه لا معنى لأخذها من الوديع الثقة الأمين ووضعها عند ثقة غيره[٣].

وخلافاً للجمهور فقد أعطى المالكية القاضي الحق في استرداد وديعة المفقود من يد مودَعه حيث خولوه النظر في ودائعه، والاستيثاق من ماله وجمعه له، وجعله حيث يرى؛ لأنه ناظر لكل غائب[٤].

ويبدو أنهم استندوا إلى ما يحقق مصلحة المفقود، فرأوا أن الوديعة بيد القاضي محفوظة أكثر من كونها في يد الوديع.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٦٦٤. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٢٧٤. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٢٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٨٣.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣.

(٤) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥. مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ١٥٦.

وما سبق يرد في حالة أخذ وديعة المفقود واستردادها بقصد الحفظ، أما إن كان بهدف إيفاء حقوق ثبتت على المفقود كدين أو نفقة، فلا خلاف عند الجمهور[١] ـ من حيث النتيجة ـ في جواز الأخذ منها، وذهب زفر إلى القول بعدم جواز دفع نفقة الزوجة من الوديعة، وتؤمر بالاستدانة؛ لأن المودع مأمور بالحفظ دون الدفع[٢].

* * *

المبحث الثاني

الإنفاق من مال المفقود

*** تمهيد:**

بحثت في الباب الأول من هذه الرسالة أحكام نفقة زوجة الغائب وأقاربه، ولما كان المفقود أحد أفراد الغائب، فإن ما جاء في نفقة الغائب من أحكام ينطبق على زوجة المفقود وأقاربه، سيما وإن كثيراً من الكتابات الفقهية التي بحثت في نفقة زوجة الغائب وأقاربه، جاءت مطلقة دون أن تقيد غائباً بعينه، وهذا ما دفع ابن نجيم ـ رحمه الله ـ إلى الاستنتاج بأن ذلك الإطلاق يدل على أن الغائب يشمل المفقود وغيره[٣]، ويؤكد ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية من

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ٢٩٧. المدونة الكبرى: ٤/ ١١٥. مواهب الجليل لحطاب: ٤/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥. كشاف القناع للبهوتي: ٣/ ٢٣٩. ويشترط الحنفية كما مر في الباب الأول أن يكون الوديع مقراً بالمال وبالزوجية، أو أن يقر بأحدهما ويعلم القاضي بالآخر. ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٥.

القول بأن المفقود بمنزلة الغائب في كل موضع كان للقاضي أن يقضي للزوجة بالنفقة في مال الزوج، فلها أن تأخذ من ماله ما يكفيها(١).

غير أن هذا الكلام لا يجري على إطلاقه في مختلف الصور، فزوجة المفقود تستأثر ببعض الأحكام الخاصة المتعلقة بالنفقة، وهي من حيث الجملة تختلف عن أحكام زوجة الغائب، كنفقة الزوجة في مدة التربص، ونفقتها في مدة العدة، وغير ذلك؛ لذلك سآتي على ذكر خلاصة أقوال الفقهاء في نفقة المفقود بشكل مختصر، ولن أتعرض لكثير من الأحكام المتعلقة بها، كحكم ثبوتها في الذمة عن الزمن الماضي، وأثر عودة الزوجة عن نشوزها في غيبة زوجها المفقود، وغيرها من الأحكام التي تشترك فيها مع زوجة الغائب؛ لأنها بحثت بشكل مفصل في الباب الأول، ولن أتعرض أيضاً للأحكام المتعلقة بأقارب المفقود؛ لأن ما جاء في نفقة أقارب الغائب يغني وليس ثمة حاجة للإعادة.

* * *

*** المطلب الأول ـ نفقة زوجة المفقود بعد الدخول:**

خلاصة القول في نفقة زوجة المفقود بعد الدخول أنه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقتها إذا توافرت شروط وجوب النفقة وانتفت مسقطاتها، واختارت زوجته المقام معه والصبر حتى يتبين أمره(٢).

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٥٥٠.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٨. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٥. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣١١. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٤٨١. المدونة الكبرى: ٢/ ٣١. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٦. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٨. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: =

إلا أنه يشترط لذلك أن لا يصدر حكم قضائي بموته ـ على الخلاف بين العلماء فيه ـ وأن لا يحكم القاضي بالفرقة بين المفقود وزوجته عند من يقول بها، فإذا حكم انقطعت نفقتها لزوال نكاحها حكماً.

كما تسقط نفقتها إذا تزوجت غيره، فإنها بزواجها تخرج عن كونها محتبسة لحق الزوج وتخل بتسليمها نفسها إليه مما يجعلها ناشزاً[١]، فإن فرق بينها وبين الثاني وانتهت عدتها، وعادت إلى طاعة زوجها المفقود ومسكنه ففي عودة نفقتها خلاف، وقد مر بيان ذلك مفصلاً في الباب الأول[٢].

فما دامت الزوجة محتبسة لحق الزوج، وقد سلمت نفسها إليه، فإن نفقتها تستمر[٣]، سواء كان الزوج موجوداً أم مفقوداً. فإذا تبين بعد ذلك موته، أو أنه فارقها، وعُلم تاريخ ذلك، فإنها تستحق النفقة إلى يوم الموت أو البينونة في حالة الطلاق، ويرجع عليها بما أنفقته زيادة على ما تستحقه في هذه المدة عن حقها، سواء أنفقته بنفسها أم بأمر الحاكم؛ لأنه ظهر أنها أنفقت ما لا تستحقه، فإن تبين أنه كان ميتاً، فقد أنفقت مال غيره، وإن ثبت أنه كان

= ٨/ ٢٥٥. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ٣٠١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١١٠. الكافي لابن قدامة: ٥/ ٤٢٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣.

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. إعانة الطالبين للدمياطي: ٤/ ٨٣. فتح المعين للمليباري: ٤/ ٨٣. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة: ٨/ ١٣٣.

(٢) ينظر ص: ٢٥٥ فما بعدها هذه الرسالة.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٨. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. المهذب للشيرازي: ٢/ ٦٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣٦٠.

طلقها، فقد أخذت من ماله وهي خارج عقد الزوجية[١].

ويمكن لزوجة المفقود أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها[٢]، لقول النبي ﷺ لهند: «**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**»[٣].

أما إذا طلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها النفقة على زوجها المفقود، فإن القاضي يجيبها إلى ذلك ويفرض نفقتها عند جمهور الفقهاء، سواء أكان له مال حاضر في يد القاضي أو في يد مستحق النفقة أو في صورة وديعة أو دين له عند الغير، أو مال مضاربة، أم لم يكن له مال حاضر[٤]، حيث يأذن لها بالاستدانة عليه، أو يقوم هو بالاقتراض عليه وينفق عليها. وقضاء القاضي بالنفقة يعد حفظاً للمال؛ لأن ملك النكاح حق المفقود في زوجته، وبقاء هذا الحق يستلزم دوام النفقة، فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه[٥].

---

(١) حاشية العدوي: ٢/ ٩٥. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. المدونة الكبرى: ٢/ ٣٢. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٥٧. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣٢٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.
الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٨/ ٢٧٤.

(٢) العناية للبابرتي شرح الهداية: ٤/ ٤٠٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦، ٦/ ١٩٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٧. فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٦٣٨. شرح صحيح مسلم للنووي: ١٢/ ٧. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم وقد مر تخريجه سابقاً، ينظر ص: ٤٠.

(٤) يشترط المالكية والظاهرية لفرض النفقة على المفقود إذا لم يكن له مال حاضر أن لا يكون معسراً؛ لأن العسر يسقط النفقة عن الزوج. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥١٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٥. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٥٤.

(٥) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١.

ويشترط لذلك عند الجمهور ثبوت الزواج بينها وبينه، وإقامتها في مسكنه[١]، وأن تحلف على استحقاقها النفقة، وأنها لم تستلم منه نفقة مقدمة عن المستقبل، ولم يترك لها مالاً، ولا أقام وكيلاً ينوب عنه بالإنفاق عليها، ولا أسقطت حقها عنه[٢].

أما عند الحنفية، فإن النفقة تؤخذ من مال المفقود، إن كان المال الحاضر من جنس النفقة؛ لأنه إن كان من غير جنسها، فإنه يحتاج إلى القضاء بالقيمة على الغائب، والقضاء على الغائب لا يجوز[٣]، واستثنى الإمام أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ الإنفاق على الأب من العروض الحاضرة وإن لم تكن من جنس النفقة، فإن للأب أن يبيع عروض ابنه المفقود لنفقته استحساناً، وخالف الصاحبان الإمام في ذلك، أما العقار فلا خلاف في عدم جواز بيعه عندهم بالنفقة[٤].

وإذا كان المال بيد القاضي أو بيدها، وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة فيه على زوجها المفقود، فلا يجيبها إلى ذلك، إلا إذا كان عالماً بالزوجية[٥].

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٣٠. حاشية الجمل: ٤/ ٥٠١.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٧٤٥. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٧٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٩٩ ـ ٢٠٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠١. حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ٨٠.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥، ٣/ ٦٣١. وينظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٤/ ٢٦.

(٤) المراجع السابقة. وينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٢٤. المبسوط للسرخسي: ٥/ ٢٢٦، ١١/ ٣٧ ـ ٣٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٥.

(٥) فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٣. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٥، ٤/ ٢٩٥. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧. وينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧، ٤/ ٢١٣ ـ ٢١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩، ٣١١.

ولزوجة المفقود أن تأخذ النفقة من مودَعه أو مديونه أو مضاربه، وعلى الوكيل أو القاضي أن يعينها على ذلك، فيفرض النفقة لها في مال المفقود الموجود بيد هؤلاء، إلا أنه لا يحكم لها إلا بناءً على إقرارهم بالمال وبالزوجية بآن معاً، فإن أقروا بأحدهما، كالزوجية مثلاً، وعلم القاضي بأن المال الموجود في أيديهم، إنما يعود للمفقود قضى لها بالنفقة فيه، وإقرارهم يشترط في حال عدم علم القاضي بذلك، فإن كان المال والزوجية ظاهرين للقاضي فلا حاجة للإقرار، وفي حال خفاء أحدهما لا ينتصب أحد هؤلاء، ولا الزوجة خصماً عن المفقود(١).

وخالف زفر ـ رحمه الله ـ أئمة الحنفية الثلاثة، وقال: ليس للقاضي أن يفرض؛ لأنه قضاء على الغائب، إلا أن الحنفية اعترضوا عليه بأن فرض القاضي ليس من باب القضاء على الغائب، بل هو من باب النظر للغائب وقد وَكَلَ الشارع القاضي ولاية النظر للغائب(٢).

وفرض القاضي النفقة لزوجة المفقود، من باب إعانة صاحب الحق للوصول إلى حقه، لا من باب القضاء؛ لأن نفقتها ثابتة قبل القضاء مقابل احتباسها(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٥٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٩. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦ ـ ١٩٧. الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٧. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٢.

أما إذا لم يكن للمفقود مال حاضر، فإن كان القاضي عالماً بالزوجية، قضى لها بالنفقة وأذن لها بالاستدانة عليه، أما إن كانت الزوجية غير ظاهرة لديه، فقد اختلف الحنفية في ذلك، إلا أن المعمول به عندهم هو قول زفر، حيث ذهب إلى سماع بينتها بالزوجية من أجل فرض نفقتها، وبهذا القول يفتى(١).

أما نفقة زوجة المفقود بعد الدخول في القانون، فإن قانون الأحوال الشخصية السوري، وكذا المصري، لم يفردا لهذه المسألة نصاً معيناً، ويبدو أن لجنة صياغة القانون السوري رأت أن هذه الحالة تندرج تحت مواد أخرى، كتلك التي قررت إيجاب نفقة الزوجة من حين العقد الصحيح ولم تشترط دخولاً أو تسليماً، إنما اشترطت ألا تمتنع عن الانتقال معه من بيت أهلها دون وجه حق، فإذا امتنعت سقطت نفقتها(٢).

أما القانون المصري، فقد اشترط لوجوب نفقة الزوجة على الزوج أن تسلم نفسها إليه ولو حكماً(٣)، وهذه النصوص وغيرها تسري على زوجة المفقود وتطبق عليها؛ لأنها زوجته؛ ولبقائها في عصمته، فلا تسقط نفقتها إلا إذا نشزت.

* * *

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٦٠٧. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ٢١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٦٠. مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٤٩٥. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٢١٣.

(٢) ينظر: المادة /٧٢/ والمادة /١١٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٣) ينظر: الفقرة الأولى من المادة /١/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠ والمعدلة بالقانون رقم /١٠٠/ لعام ١٩٨٥.

*** المطلب الثاني ـ نفقة زوجة المفقود قبل الدخول:**

إذا فقد الزوج قبل دخوله بزوجته، فهل تجب النفقة على الزوج المفقود؟

خلاصة القول في هذه المسألة أن زوجة المفقود ـ إذا فقد قبل أن يدخل بها ـ تأخذ حكم زوجة الغائب غيبة غير منقطعة فيما يخص النفقة، وليس ثمة فرق يذكر إلا فيما يتعلق في طريقة إعلام الزوج بتسليم المرأة نفسها إليه.

فتستحق زوجة المفقود النفقة مالم يحكم بموته، شرط أن لا تمتنع عن تسليم نفسها؛ وذلك لمكان الزوجية؛ ولأنها محبوسة على زوجها بعقد النكاح، وهذا عند الحنفية في المفتى به عندهم والشافعية في مقابل الأظهر، والظاهرية، ذلك أنهم لم يشترطوا الدخول لوجوب النفقة على الزوج، إنما تجب عندهم من حين العقد(١).

أما الجمهور الذين يشترطون لوجوب النفقة أن تمكن المرأة زوجها من الاستمتاع بها(٢)، فإنهم يقولون بوجوبها على الزوج المفقود وإن لم يدخل بها إذا أظهرت ما يقوم مقام التمكين، وذلك بأن تعرض التسليم، فإن قامت زوجة المفقود بذلك وجبت نفقتها.

ولكن كيف يتم إبلاغ الزوج المفقود بتسليم زوجته نفسها إليه حتى يصار إلى إيجاب النفقة عليه؟ اختلفت الأقوال عند الجمهور:

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٧٥. المبسوط للسرخسي: ٥/ ١٨٦ ـ ١٨٧، ١١/ ٣٨. فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٣٧٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٣٢. المحلى لابن حزم: ٩/ ٢٤٩.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٨٣. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٦. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٥٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٧٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٨٤.

فالمالكية لا يشترطون إبلاغه في الغيبة البعيدة[١]، والمفقود غيبته بعيدة أكثر من بعيدة ويكتفى عندهم لوجوب النفقة في الغيبة البعيدة ألا تمتنع من التمكين، وذلك بأن يسألها القاضي هل تمكنيه لو كان حاضراً؟[٢].

وثمة نصوص صريحة تفيد ذلك، فقد نصوا على وجوب نفقتها عليه؛ لأنه كالغائب في بعض الروايات، والمعتمد عندهم أن لزوجة المفقود النفقة وإن لم يدخل بها[٣].

أما الشافعية، فقد رأوا أن كتابة القاضي الذي رفعت إليه أمرها إلى قاضي بلد الغائب، إنما تكون في حالة من عرف موضعه، فإذا جهل مكانه فإن الحاكم يكتب إلى حكام أو قضاة البلاد التي يسافر أهل تلك البلدة إليها عادة، ليطلبه وينادي باسمه، فإن لم يظهر أعطاها القاضي النفقة من ماله بعد أن يأخذ منها كفيلاً بما يصرفه إليها حفاظاً على حق الغائب؛ وذلك لاحتمال عدم استحقاقها للنفقة بسبب طلاقه لها أو وفاته[٤]، فإن لم يكن له مال، فيمكن للقاضي أن يقترض عليه، أو يأذن لزوجته بالاقتراض[٥].

ولم يتعرض الحنابلة لكيفية إبلاغ من جهل موضعه، ولكنهم قالوا عند الحديث عن نفقة زوجة الصبي الكبير التي تسلم نفسها: إن نفقتها واجبة؛ لأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج[٦].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٠٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٢٣.

(٢) المراجع السابقة. وينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٨٤.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٨٣. حاشية العدوي: ٢/ ٩٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠. حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٢٠.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٦٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٤٦٧ ـ ٤٦٨.

(٥) نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٢٠٤. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٣٢٥.

(٦) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٨٣ ـ ١٨٤.

وهذا يفيد إعطاء زوجة المفقود الحكم ذاته، فتقاس زوجة المفقود على زوجة الصبي الكبيرة؛ لاشتراكهما بالعلة ذاتها، وهي تسليم كل واحدة منهن نفسها، فالاستمتاع بزوجة المفقود ممكن من جهتها وإنما تعذر من جهة زوجها.

أما نفقة زوجة المفقود قبل الدخول في القانون، فإن قانون الأحوال الشخصية السوري وإن لم يتعرض لذلك صراحة، إلا أن المادة /٧٢/ التي نصت على وجوب النفقة من حين العقد الصحيح، تفيد وجوب نفقة من فقد زوجها قبل دخوله بها ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها زوجها قبل فقدانه بالانتقال وامتنعت بغير حق، فلا نفقة لها[١].

وكذا الحال في قانون الأحوال الشخصية المصري، فإنه لم يفرد مادة خاصة لنفقة زوجة المفقود قبل الدخول، ولكن لما نص على وجوب النفقة للزوجة من تاريخ العقد الصحيح، واشترط أن تسلم المرأة نفسها إليه ولو حكماً، فقد اقتضى ذلك أن تجب النفقة لزوجة المفقود إن سلمت نفسها إليه ولو حكماً، وإلا فلا نفقة لها[٢].

* * *

*** المطلب الثالث ـ نفقة زوجة المفقود في مدة الأجل:**

اتفق الفقهاء من حيث النتيجة على وجوب نفقة زوجة المفقود في ماله خلال مدة التربص التي يضربها الحاكم لها بعد طلبها التفريق بحجة الفقد[٣]،

---

(١) ينظر: قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني لقصاب حسن: ٩٨.

(٢) ينظر: المادة /١/ الفقرة الأولى من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٠ والمعدلة بالقانون رقم /١٠٠/ لعام ١٩٨٥ في قانون الأحوال الشخصية المصري.

(٣) نقل البيهقي في سننه أن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ كان يقول بعدم وجوب النفقة =

ولا تسقط نفقتها في هذه المدة إلا لسبب آخر، كنشوز، أو حكم بالفرقة للغياب أو لعدم الإنفاق[١].

ووجه وجوب النفقة للزوجة في هذه المدة عند الحنفية، والشافعية في الجديد، والظاهرية[٢]، وغيرهم ـ ممن يقول بعدم التفريق ووجوب انتظارها حتى يثبت طلاقه أو موته بيقين، أو ما يقوم مقامه من الحكم بوفاته ـ أنها زوجته ومحتبسة لحقه، إذ لا وجود لمدة التربص هذه عندهم.

أما وجه وجوبها عند من يقول بضرب الأجل لزوجة المفقود[٣]، أن الزوجة ما تزال خلال هذه المدة محتبسة لحقه أيضاً، وباقية في عصمته بحكم الزوجية.

= للزوجة خلال مدة التربص، إنما تنفق من مالها، فإذا عاد زوجها أخذت ما أنفقته من ماله، وقد علل ذلك بأن إنفاق زوجة المفقود من ماله يضر بورثته. البيهقي في السنن، كتاب العدد، من قال تنتظر أربع سنين..: ٧/ ٤٤٥. وينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١١٠.

(١) أفردت لنفقة زوجة المفقود في مدة الجل مطلباً مستقلاً مع أن حكم النفقة في هذه المدة يندرج ضمن المطلبين السابقين؛ وذلك للتأكيد على وجوب النفقة للزوجة في مدة التربص، وللتأكيد على أن طلب المرأة للتفريق وضرب لأجل المحدد للمرأة بناءً على طلبها لا أثر له على النفقة مطلقاً.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٧. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٦. ومن أصحاب هذا القول أيضاً: الحنابلة في المفقود في ظروف السلامة. والزيدية، والمشهور عند الإمامية. ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣٠٨.

(٣) مر معنا سابقاً أن أصحاب هذا القول هم المالكية في مفقود أرض الإسلام في ظروف السلامة، وأحد أقوالهم في مفقود أرض العدو في زمن السلم، وقول لهم في زمن =

والنفقة إنما تسقط بالنشوز، وليس ثمة أي من ذلك في تربصها بحد ذاته، إذا لم يحكم بموته حتى تبين منه، ولم تخرج عن طاعته حتى تعد ناشزاً، فأشبهت هذه المدة ما قبلها[1]، فتجري عليها أحكام نفقة زوجة المفقود قبل الدخول وبعد الدخول سواء بسواء، وقد مر بيانها.

وخلاصة القول: إن تربص زوجة المفقود بناءً على أمر القاضي بذلك، لا أثر له في إسقاط نفقتها إن كانت واجبة قبل مدة التربص؛ لأن تربصها لا يعد نشوزاً ولا يخرجها من حكم الزوجية.

أما نفقة زوجة المفقود في مدة الأجل في القانون، فلا تختلف عما قرره الفقه الإسلامي سواء في قانون الأحوال الشخصية السوري أم المصري، ومع أن كلا القانونين لم ينصا على ذلك صراحة إلا أن المفهوم من بعض المواد يفيد ذلك، منها ما جاء في المادة /٧٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري من

= الحرب، والشافعية في القديم، والحنابلة في المفقود في ظروف الهلاك. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٣. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٠. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣١٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٨.

(١) ينظر: المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩٢. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٧. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. المدونة الكبرى: ٢/ ٣١. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣٢٢. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٤. الوسيط للغزالي: ٦/ ١٤٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

وجوب النفقة من حين العقد ولو كانت مقيمة في بيت أهلها ولم تمتنع من الانتقال دون وجه حق.

وزوجة المفقود في مدة الأجل تدخل في هذا المفهوم، ومنها أيضاً ما جاء في الفقرة الثانية من المادة /١١٠/ من الحكم بالتفريق بين الغائب وزوجته إذا لم ينفق عليها، وهذا يقتضي وجوب النفقة لزوجة الغائب والمفقود أيضاً، وهذا ما دلت عليه الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية المصري[1].

* * *

*** المطلب الرابع ـ نفقة زوجة المفقود وسكناها في مدة العدة:**

إذا انقضت مدة التربص وحكم القاضي بموت المفقود لعدم عودته أو ظهور خبره، واعتدت زوجته بناءً على هذا الحكم، فما حكم نفقة الزوجة وسكناها في هذه المدة؟

١ ـ نفقة زوجة المفقود في مدة العدة:

اختلف الفقهاء في نفقة معتدة المفقود على قولين:

الأول: لا نفقة لها في مدة العدة، وهو قول المالكية[2]، والشافعية في

---

(١) ينظر: قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني لقصاب حسن: ٩٨، ١١٧. الأحوال الشخصية لعبد الحميد: ٢٩٥ ـ ٢٩٦. أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية لعبدالله: ٤١٤ ـ ٤١٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٦. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠. المدونة الكبرى: ٢/ ٩٤. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٧.

القديم وهو مقابل الأظهر[١]، والحنابلة في رواية[٢].

الثاني: تجب النفقة لزوجة المفقود في مدة العدة، وهو قول الحنابلة[٣]، بل ذهب صاحب المغني إلى أن النفقة تجب بعد العدة أيضاً ولا تسقط إلا إذا تزوجت أو فرق الحاكم بينهما[٤].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول لعدم وجوب النفقة، بأن الحكم بموت المفقود بعد مدة التربص، والتزامها بحكم العدة يدل على رضاها بالفرقة على وجه التمويت، وهذا يجعل الزوجة معتدة للوفاة، ومعتدة الوفاة لا نفقة لها[٥].

يرد على هذا الاستدلال بأن هنالك فارقاً بين معتدة الوفاة ومعتدة المفقود، سيما وأن المالكية قالوا: إن زوجة المفقود تعتد بعد الأجل عدة

---

(١) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٥. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩. وهذا يتفق مع مذهب الشافعية في عدم وجوب النفقة للزوجة في عدة الوفاة، غير أنه يخالف ما جاء في الأم من وجوب النفقة لزوجة المفقود في مدة العدة وما بعدها حتى تتزوج. يقول الإمام الشافعي: «وإن أجَّلها حاكم أربع سنين أنفق فيها عليها، وكذلك في الأربعة الأشهر والعشر من مال زوجها، فإذا نكحت لم ينفق عليها من مال الزوج المفقود؛ لأنها مانعة نفسها». الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٢/ ٤٢٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٦٩.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٨٨.

(٤) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٥) شرح الخرشي: ٤/ ١٥٠. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٩. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٢. المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٥. كشاف القناع: ٥/ ٤٢٤.

كالوفاة[١]، وهذا يفيد أنها ليست عدة وفاة حقيقة لمغايرة المشبه للمشبه به؛ لأن هذا تمويت أي حكم بالموت لا موت حقيقة، ثم إن موت المفقود مبني على ظن غير متحقق مما يجعل احتمال عودته ممكناً خلافاً للميت الذي تحققت وفاته، فإن احتمال عودته غير وارد.

أدلة القول الثاني: استدل الحنابلة لعدم سقوط نفقة زوجة المفقود في مدة العدة بأن نفقة المتوفى عنها زوجها لا تسقط إلا بيقين الموت، وموت المفقود غير متيقن؛ لأن احتمال حياة الزوج مازال قائماً، وبالتالي لم يقطع بانفصام الزوجية، فيبقى وجوب النفقة للزوجة احتياطاً[٢].

واستدلوا لذلك أيضاً بالأثر المروي عن ابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهم - أنهما قالا: «ينفق عليها بعد في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً»[٣].

ويرى الباحث اختيار القول بعدم وجوب النفقة للزوجة في مدة العدة؛ لأن الحكم بموت الزوج يقوم مقام موته حقيقة، ولا وجه للقول بأن الاحتياط

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١.

(٢) ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٤. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٣) هذا الأثر جاء في: المغني لابن قدامة: ٨/ ١١٠. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٣٣. ولم أجده بهذه الصيغة في كتب السنة والآثار، وما روته كتب الآثار أن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم تذاكرا نفقة زوجة المفقود، فقال ابن عمر: «لها نفقتها لحبسها نفسها عليه، وقال ابن عباس: إذاً يضر ذلك بأهل الميراث...». ينظر: المصنف لابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته...: ٤/ ١٤٣. والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين...، رقم: ١٥٣٤٦. واللفظ للبيهقي.

يقتضي إيجاب النفقة لها لعدم تيقن موتها؛ لأن هذا نوع من التناقض في تخريج الأحكام، فمادام الحنابلة قد حكموا بحلها لغير زوجها بعد انتهاء عدتها، فهذا يقتضي ألا يشكك بوفاة الزوج احتياطاً، والاحتياط إن كان لابد منه، فينبغي أن يكون في عدم حلها للغير، لا في إيجاب النفقة لها؛ لأن الفروج أولى بالاحتياط(١).

والاختلاف السابق يرد عند القول بالفرقة والتربص، أما على القول بعدم الفرقة ـ وهو قول الحنفية، والشافعية على الجديد في الأظهر، والحنابلة في المفقود في ظروف السلامة ـ فلها النفقة خلال مدة العدة والمدة التي تليها؛ لأنها زوجته، ويستمر ذلك حتى تنكح زوجاً غيره فتسقط عندها؛ لأنها نشزت بنكاحها وإن كان فاسداً(٢).

فإن ثبت موته أو انقضت مدة التعمير بحيث غلب على الظن أنه لا يحيا إلى مثلها ـ على خلاف بين الفقهاء في ذلك ـ وحكم بموته عند الحنفية والشافعية في الجديد، فلا نفقة للمعتدة.

٢ ـ السكنى:

اختلف الفقهاء في حق السكنى لزوجة المفقود خلال مدة العدة، فذهب المالكية إلى أنه لا حق لها في السكنى مدة عدتها إلا إذا توافر شرطان، الأول:

---

(١) ينظر: أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي: ٣/ ١٠٦. حيث نص على أن الأبضاع أعلى رتبة من الأموال، وأشد خطراً وأعظم قدراً.

(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩. الحاوي للماوردي: ١١/ ٣٢٢. وينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٥. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨.

أن يكون الزوج قد دخل بها، والثاني: أن يكون المسكن الذي تسكنه وقت موته عائداً لزوجها بملك، أو منفعة مؤقتة، أو إجارة وقد دفع أجرته قبل موته[1].

واختلفت الأقوال في وجوب السكنى لمعتدة المفقود عند الشافعية على روايتين[2]، أما الحنابلة فقد فرقوا في حكم السكنى بين الحامل والحائل.

فإن كانت زوجة المفقود حائلاً فلا سكنى لها في مدة العدة في المذهب، وإن كانت حاملاً، فقد اختلفوا على روايتين، الأولى: تجب السكنى لها قياساً على المطلقة، والثانية: لا سكنى لها؛ لأن الله عز وجل حدد لها نصيبها من تركة زوجها، وجعل البقية لسائر الورثة، والمسكن من التركة، والقول بوجوب إسكانها يقتضي أن تأخذ فوق استحقاقها[3]، وثمة رواية أيضاً تفيد وجوب السكنى لها في كل حال حاملاً كانت أم حائلاً[4].

هذا على القول بالفرقة والتربص، أما على القول بعدم الفرقة عند الحنفية والشافعية في الجديد والظاهرية فلها السكنى؛ لأنها زوجته[5].

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٤، ٥١٥. شرح الخرشي: ٤/ ١٥٦. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٧. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٨٧.

(٢) المهذب للشيرازي: ٢/ ١٦٥. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٧٩.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٥٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٣١. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٦٩.

(٤) الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٦٩.

(٥) لا تجب النفقة ولا السكنى لمعتدة الموت عند الحنفية، أما الشافعية فلا نفقة لها ولا مؤنه، إنما تجب السكنى لها في الأظهر، والثاني لا سكنى لها ولا نفقة. ينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٤/ ٤٠٥. مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٤٩٦. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢١١. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٨٥. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٤. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ١٧٥،٢٠٤. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٥٤، ٢١١.

أما نفقة زوجة المفقود خلال مدة العدة في القانون فقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٨٣/ على ما يأتي:

«تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ»[(١)]، وهذا يفيد عدم وجوب النفقة للمرأة في عدة الوفاة بشكل عام، ويدخل في ذلك زوجة المفقود المعتدة، وهذا يتفق مع ما قرره القانون المصري بهذا الشأن[(٢)].

* * *

المبحث الثالث
أحكام المفقود المتعلقة بالميراث والوصية

يتناول هذا المبحث بيان أحكام الميراث والوصية المتعلقة بالمفقود في حال كونه وارثاً أو موروثاً، وبالنظر إلى كونه موصياً أو موصى له، وذلك في المطلبين الآتيين:

*** المطلب الأول ـ أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله ونفاذ وصاياه:**

سأبحث أولاً في أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله، ومن ثم أثر ذلك على نفاذ وصيته:

أولاً ـ أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله:

اتفق الفقهاء على أن من شروط الإرث تحقق موت المورث وحياة الوارث[(٣)]، وهذا الشرط يقتضي أن لا تقسم أموال أي إنسان إلا بعد ثبوت موته، وهذا يعم الحاضر والغائب بجميع أنواعه على حد سواء.

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني لقصاب حسن: ١٠٢.

(٢) ينظر: المادة /٢٢/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٤١. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٢/ ١٢٦. تكملة =

والمفقود غائب لا يدرى حاله أحي هو أم ميت، غير أن الفقهاء استصحبوا حال حياته واتفقوا على أن المفقود يعد حياً طيلة مدة فقدانه، فلا يقسم ماله بين ورثته إلا في حال ثبوت موته يقيناً ببينة، أو أن يصدر القضاء حكماً بموته بعد انقضاء مدة معينة على اختلاف بين الفقهاء في تحديدها(١).

فإذا ثبت موت المفقود في وقت معين بأن قامت بينة تشهد بذلك فإنه يعد ميتاً من اللحظة التي أثبتت البينة موته فيها بالفعل، ويخرج بذلك عن كونه مفقوداً؛ لزوال الجهالة المحيطة بحياته، وتترتب على وفاته جميع الآثار التي تترتب على الوفاة العادية كعدة الزوجة وقسمة أمواله بين ورثته الأحياء وقت وفاته، وهذا لا خلاف فيه.

أما إذا لم تقم بينة تشهد بموت المفقود واستمر الجهل ملابساً لمصيره والشك محيطاً بحياته لمدة طويلة، فقد لجأ الفقهاء إلى تحديد وقت يحكم فيه

= البحر الرائق للطواري: ٨/ ٥٧٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٢. منح الجليل لعليش: ٩/ ٥٩٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ١/ ٣٠١. حاشية العدوي: ٢/ ٣٧٥. المنتقى للباجي: ٦/ ٢٥٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٠. حاشية البجيرمي على الخطيب: ٣/ ٣٠٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٩. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٠٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٥٤٤.

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٤ ـ ٣٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٨٢، ٤/ ٤٨٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٢. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٢. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤١. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢. متن النيل وشرحه لأطفيش: ٧/ ٣٨، ١٣/ ٥٦٠.

بموت المفقود، ويعد هذا الوقت بمنزلة موته، وقد اعتمدوا في الحكم بموته على قرينة تقوم مقام البينة وذلك رفعاً للشك؛ لأنه لا ميراث مع الشك[1].

والقرينة التي اعتمدوها: هي مضي مدة من الزمان على فقدانه دون العثور على خبره، أو الوقوع على أثره، وسأعرض أقوال الفقهاء في تحديد هذه المدة، وأقوالهم في تحديد ورثة المفقود في النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى ـ المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله:

اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة، وقد بينت ذلك بشكل مفصل في الفصل الأول من هذا الباب.

وخلاصة ذلك: أن القاضي لا يحكم بموت المفقود بالنسبة لماله إلا بعد مضي مدة التعمير التي يغلب على الظن أن المفقود لا يعيش فوقها ـ على اختلاف بين الفقهاء في تقديرها كما مر ـ وهذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية في المفقود في أرض الإسلام، وأحد أقوالهم في المفقود في أرض العدو زمن السلم وزمن الحرب، والشافعية، والحنابلة في المفقود في ظروف السلامة، والإمامية[2].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٤١. تكملة البحر الرائق للطواري: ٨/ ٥٧٧. شرح الخرشي: ٤/ ١٥٢. المنتقى للباجي: ٦/ ٢٥٤. شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٤/ ٢٢٩. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٧. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٦. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٠. الاختيار للموصلي: ٣/ ٣٧. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٤٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. المنتقى للباجي: ٦/ ١٦٦. مختصر خليل: ١٥٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢١ ـ ٤٢٢. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٥ ـ ٣٦. المهذب للشيرازي: =

وحجة هذا القول أن الأصل في المفقود بقاء الحياة، والعدول عن هذا الأصل يحتاج إلى دليل كالبينة التي تثبت موته، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك بأن تمضي على انقطاع أخبار المفقود مدة يغلب عليه أن مثله لا يعيش فوقها.

ولا تختلف هذه المدة عند جمهور الفقهاء بحسب ظروف الفقدان، إنما هي مدة واحدة لمن فقد في ظروف السلامة أو الهلاك، وسواء أفقد في سلم أم حرب، في جوف البلد أم في السفر، في حريق أم غرق أم غير ذلك.

أما المالكية والحنابلة فقد نظروا في تحديدهم لهذه المدة إلى الظروف التي رافقت حالة الفقدان.

فذهب المالكية إلى تحديدها في بعض الحالات بسنة ثم يحكم بعدها بموت المفقود ويقسم ماله بناءً على هذا الحكم، وذلك في المفقود في اقتتال المسلمين فيما بينهم إذا كان موقع المعركة بعيداً، وأحد أقوالهم في المفقود في أرض العدو زمن الحرب[1].

وحجة المالكية في هذا القول أن مدة السنة كافية لمعرفة أخباره، إذ لو كان حياً لسمع خبره في هذه المدة.

وذهبوا إلى عدم تحديدها في حالات أخرى بزمن معين، وذلك في حق من فقد بعد سبب من شأنه الإهلاك؛ كمجاعة أو وباء أو حروب أهلية، إنما

= ٢/ ١٤٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٥. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢.

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٥٠٦. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. شرح ميارة للفاسي: ١/ ٢٦٧.

علقوا الحكم بموته على زوال السبب، فإذا انتهت المجاعة أو زال الوباء أو توقفت الحروب الأهلية ولم يظهر للمفقود أثر، كان بحكم الميت أو المقتول فتعتد زوجته وتقسم أمواله على ورثته[١].

أما الحنابلة فقد حددوا للمفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها مدة أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر ولم يبن له أثر حكم القاضي بموته وقسمت أمواله[٢].

وبذلك يتبين أن الحنفية والشافعية في الجديد الأظهر، والحنابلة، لا يفرقون بين المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله، والمدة التي يحكم بعدها بموته في حق زوجته[٣]، خلافاً للمالكية في المفقود في ظروف السلامة، والشافعية في مقابل الأظهر الذين يفرقون بين الزوجة والمال، فالمدة

(١) حاشية الصاوي: ٢/ ٧٠٠، ٤/ ٧١٧. حاشية العدوي: ٢/ ٩٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٤.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٦. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٦٣١. المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٦٣. إلا أن الروايات اختلفت عند الحنابلة في الوقت الذي يقسم المال فيه، هل يتم ذلك عقب الحكم مباشرة أم لابد من الانتظار حتى انتهاء العدة؟ فذهبوا في الرواية الصحيحة من المذهب إلى قسمة أمواله بعد انتهاء مدة التربص؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف على قسمة ماله، أما الرواية الثانية عندهم فقد ذهبوا فيها إلى عدم قسمة أمواله إلا بعد انتهاء عدة الوفاة؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه.

(٣) حجة هذا القول في عدم التفريق بين الزوجة والمال: أن المدة إذا ثبتت في حق النكاح مع ما فيه من الاحتياط للأبضاع، فمن باب أولى أن تثبت في المال، فلا يجوز إذاً أن يكون المفقود حياً في ماله وميتاً في حق زوجته. ينظر: أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠٠. حاشية الجمل: ٤/ ٤٥٧. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣.

التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله محددة ببلوغه سن التعمير الذي لا يعيش أكثر منه غالباً، أما في حق زوجته فهي محددة بأربع سنين.

ولكن هل يقتسم الورثة مال المفقود بانقضاء مدة التعمير عند الجمهور والتربص عند الحنابلة في ظروف الهلاك، أم يتوقف ذلك على قضاء القاضي بموته؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين بناءً على اختلافهم في اشتراط صدور حكم قضائي في حقه حتى يعد ميتاً، فذهبوا في الأول منهما إلى عدم الاكتفاء بمضي المدة بل لابد لقسمة الأموال من حكم القاضي بموت المفقود بعد انقضاء مدة التربص أو التعمير وهذا قول الجمهور، أما القول الثاني فذهبوا فيه إلى الاكتفاء بمضي المدة وحدها حيث يقتسم ورثة المفقود التركة بانتهاء المدة[1].

قسمة أموال المفقود في القانون: فرق قانون الأحوال الشخصية السوري ـ كما بينت سابقاً ـ بين المفقود في ظروف السلامة والمفقود في ظروف الهلاك، واشترط للحكم بموته أن يبلغ سن الثمانين من العمر وهذا يصرف لظروف السلامة وإن لم يصرح بذلك، كما يحكم بموته بعد مضي أربع سنين في حال فُقد في ظروف الهلاك، إلا أن هذا القانون لم يتعرض لقسمة أمواله بشكل صريح، غير أن المفهوم من المادة /٢٦٠/ يفيد استحقاق الوارث نصيبه من التركة عند موت المورث أو الحكم بموته، وهذا يشمل حالة المفقود ويؤكد ذلك اجتهاد محكمة النقض[2] الذي جاء فيه: إن المفقود يعد ميتاً بالنسبة لمال

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. الدر المنتقى لعلاء الدين الإمام: ١/ ٧١٣ ـ ٧١٤. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣.

(٢) الاجتهاد رقم /١٤٤٦/. ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢/ ١٣٦٠.

غيره، وحياً بالنسبة لمال نفسه حتى صدور الحكم بموته ببلوغه الثمانين من العمر أو بمضي أربع سنين على فقدانه في حال يغلب عليه الهلاك فيها، وهذا يفيد قسمة أمواله عند الحكم بموته.

أما القانون المصري فقد صرح بقسمة أمواله عند صدور الحكم بموته سواء فقد في ظروف السلامة أم في ظروف الهلاك[١].

النقطة الثانية ـ من هم ورثة المفقود؟

إذا ثبت موت المفقود حقيقة في وقت معين فإن ورثته هم الأحياء ممن يستحق الميراث منه في ذلك اليوم؛ لأن شرط الميراث، وهو تحقق حياة الوارث وموت المورث، قد وجد، وهذا إذا انتفت موانع الميراث الأخرى.

فإذا لم تقم على موت المفقود بينة واستمرت الجهالة محيطة بحياته حتى انقضت مدة التعمير عند الجمهور، أو مدة التربص عند الحنابلة، وحكم القضاء بموته، فهل يرثه من كان حياً من ورثته يوم فقده، أم يقتصر الأمر على الأحياء من ورثته يوم الحكم بموته؟

اتفق الفقهاء على أن مال المفقود يقسم على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته، فمن مات منهم قبل الحكم ولو بلحظة لم يرث منه شيئاً؛ وذلك لانتفاء شرط الإرث، وهو تحقق موت المورِّث، فموت المفقود لم يكن محققاً وقت حياة هؤلاء، ولا ميراث مع الشك، ويعد من مات منهم قبل الحكم بموته بمنزلة من مات في حياته؛ لأنها الأصل.

أما من كان حياً منهم وقت الحكم، فإن شرط الميراث ينطبق عليه؛ لأن حكم القاضي بموت المفقود يجعل المفقود ميتاً حكماً، والموت الحكمي

---

(١) ينظر: المادة /٢٢/ من المرسوم بقانون /٢٥/ لعام ١٩٢٩.

ملحق بالموت الحقيقي وتترتب عليه آثاره[1].

وما سبق من اتفاق الفقهاء يرد عند حكم القاضي بموت المفقود فور انتهاء مدة التربص أو التعمير؛ لأن المفقود في هذه الصورة يعد ميتاً عند الجمهور لصدور الحكم بموته، وعند الحنفية في قولهم الثاني وكذا الحنابلة الذين يقولون بموته فور انتهاء المدة دون الحاجة إلى حكم، فكيف وقد اجتمع إلى مضي المدة حكم قضائي؟!

ولكن كيف يصار إلى تحديد ورثة المفقود في حال تأخر صدور الحكم عن مدة التعمير أو التربص؟ وهل يرث من توفي من الورثة بعد انقضاء مدة التعمير مثلاً وقبل صدور الحكم؟.

اشترط جمهور الفقهاء لقسمة مال المفقود صدور حكم قضائي بموته ـ كما مر ـ وعلى هذا فإن أموال المفقود لا تقسم إلا على الأحياء من ورثته عند صدور الحكم لا يوم بلوغه سن التعمير[2]، واستثنى الشافعية من ذلك أن يسند القاضي الحكم لوقت سابق لكون المدة تجاوزت ما يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فإذا حكم القاضي بموته من المدة السابقة، فإن أمواله تقسم

---

(١) مجمع الأنهر لداماد: ١/ ٧١٤. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ١٩٧. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٤٩. العناية للبابرتي: ٦/ ١٤٨ ـ ١٤٩. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٩٦٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٣. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨ ـ ٤٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩ ـ ٣٠. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٥٤٤.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. الجوهرة النيرة للعبادي: ١/ ٣٦١. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٤، ٩/ ٧٠٠.

على من كان حياً من ورثته في ذلك الزمن المحدد وإن كان سابقاً للحكم(١).

أما على القول بقسمة أمواله فور انتهاء مدة التعمير أو التربص دون حاجة إلى حكم، فإن ورثة المفقود هم الأحياء يوم قسمة ماله لا من مات منهم قبل ذلك ولو بيوم(٢).

وخلاصة القول: إن الضابط في تحديد ورثة المفقود هو تحقق حياة من كان مستحقاً للميراث منهم في وقت ثبوت موته حقيقة أو حكماً، سواء أكان بحكم قضائي أم بانتهاء مدة التربص أو التعمير.

أما ورثة المفقود في القانون: فقد اعتمد قانون الأحوال الشخصية السوري على قول جمهور الفقهاء، ونص على أن الإرث من المفقود ينحصر بمن هم على قيد الحياة وقت موته(٣)، أو وقت الحكم بموته، وقيد اجتهاد محكمة النقض ذلك بتاريخ صدور الحكم بموته حتى لو تأخر صدور هذا الحكم إلى ما بعد بلوغه سن الثمانين من العمر، أو إلى ما بعد مرور أكثر من أربع سنوات على الفقدان في ظروف الهلاك(٤).

وليس ثمة خلاف بين القانون السوري والمصري في هذه النقطة من حيث النتيجة، غير أن قانون الأحوال الشخصية المصري نص على تحديد

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨ ـ ٤٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩ ـ ٣٠. حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. حاشية الجمل: ٤/ ٣٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٤.

(٣) ينظر: المادة /٢٦٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٤) ينظر: الاجتهاد رقم /١٢٤١/. المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري للإستانبولي: ١/ ٧٦٨.

ورثة المفقود صراحة[1]، ولم يفرق هذا القانون في الآثار المترتبة على الحكم بموت المفقود بين ماله وزوجته، فالوقت الذي تعتد الزوجة فيه هو الوقت ذاته الذي يقسم المال فيه على الورثة، وهذا ما سلكه القانون السوري أيضاً.

ثانياً ـ أثر الحكم بموت المفقود على نفاذ وصاياه:

الوصية لغة من الوصل، يقال: وصيت بالشيء أصيه يعني وصلته، وأوصى فلان إلى فلان بمال أي جعله له وصية[2].

وللوصية تعريفات عديدة في اصطلاح الفقهاء، فهي عند الحنفية والمالكية: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع»[3]. وعند الشافعية: «تبرع بحق مضاف ولو تقديراً إلى ما بعد الموت»[4]، والوصية بالمال عند الحنابلة هي: «التبرع به بعد الموت»[5]، أو «الأمر بالتصرف بعد الموت»[6].

---

(١) ينظر: المادة /٢٢/ من القانون رقم /٢٥/ لعام ١٩٢٩ وقد جاء فيها: «بعد الحكم بموت المفقود. . .تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم». الأحكام الخاصة بالمفقود سيد حسن: ١٣٢.

(٢) المغرب للمطرزي، مادة: وصي. المصباح المنير للفيومي، مادة: وصي. مختار الصحاح للرازي، مادة: وصي.

(٣) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين: ٦/ ٦٤٨. وينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٨٢. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٣٦٤.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٤٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٦٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٢٩.

(٥) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ١٨٣. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٤٤٤.

(٦) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٣٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٤٤١.

ومن الملاحظ أن جميع التعاريف تلتقي على قدر مشترك وهو كون الوصية تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا يفيد أن نفاذ الوصية معلق على موت الموصي.

فإذا كان المفقود قد أوصى قبل غيابه، فإن هذه الوصية لا تنفذ طوال مدة فقدانه لعدم ثبوت موته، ولكن ما هو حكم وصايا المفقود بعد الحكم بموته؟.

لم يتعرض جمهور الفقهاء لبيان ذلك، ولكن لما نصوا على قسمة أموال المفقود عند الحكم بموته وكان إنفاذ الوصايا الصحيحة أحد الحقوق المتعلقة بالتركة والتي يتوجب إخراجها قبل قسمة المال، فقد اقتضى ذلك أن تنفذ وصايا المفقود بعد الحكم بموته ما لم يثبت عنه رجوعه عن الوصية، فوصايا المفقود تنفذ عند الحكم بموته؛ لأن الوصية أخت الميراث، ولا يصار إلى القول بعدم تنفيذها لاحتمال رجوع الموصي عنها؛ لأن هذا الاحتمال مرجوح ولا يستند إلى دليل، بل إن الاستصحاب يشهد لبقاء الوصية، سيما وأنها صدرت عنه بإرادته واختياره واستمر على ذلك إلى أن فقد.

وكما في الميراث، فإن الموصى له لا يستحق الموصى به إلا إذا كان حياً عند الحكم بموت الموصي؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يتصور أن يتمكن الموصى له من التملك بعد موته، ولذلك تبطل وصية المفقود ـ الموصي ـ في حال وفاة الموصى له قبل الحكم بموت الموصي[1].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٠٣. العناية للبابرتي: ١٠/ ٤٨٧. مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٧١٥. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٢٣. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٣٦٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٦٦. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٨٧ ـ ٨٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٦٧. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٣٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٤٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٤٥٨. وبطلان الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي هو قول أكثر أهل العلم وقال الحسن: لا تبطل وصيته وتكون لولد الموصى له. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٤٧٤.

أما المالكية فقد بحثوا في حكم نفاذ وصية المفقود ونصوا على نفاذها عند الحكم بموته إذا كان الموصى له حياً، ولم تتجاوز ثلث التركة[1].

* * *

*** المطلب الثاني ـ الملك الطارئ للمفقود من تركة الغير ووصاياه:**

سأبحث أولاً في حقوق المفقود في تركة الغير، ومن ثم حقوقه في وصايا الغير له:

أولاً ـ حقوق المفقود في تركة الغير: يقصد بحقوق المفقود في تركة الغير ما يستحقه من حصة إرثية في تركة قريبه المتوفى، وسأبحث حكم ميراثه من الغير، وكيفية وقف نصيبه من تركة مورثه مع أمثلة تطبيقية لذلك في النقاط الآتية:

النقطة الأولى ـ حكم ميراث المفقود من غيره:

إذا توفي أحد أقارب المفقود ممن يرث منهم خلال مدة فقدانه، فهل يستحق المفقود نصيبه من الميراث الذي كان يستحقه فيما لو كان حاضراً؟

اتفق الفقهاء ـ كما مر ـ على أن المفقود يعد حياً طوال مدة فقدانه بالنسبة لماله بدلالة استصحاب الحال، غير أنهم اختلفوا في مدى الاستفادة من حياته المستصحبة في إثبات الحقوق الإيجابية له بحيث يرث من غيره أم لا، واختلافهم في هذه المسألة هو فرع عن اختلافهم في حجية الاستصحاب وخلاصة ذلك أن الحنفية يقولون: إن حياة المفقود المعلومة باستصحاب الحال لا تفيد في إثبات الحقوق الإيجابية له كالإرث؛ لأن الإرث من باب الإثبات،

(١) المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦.

والاستصحاب يصلح حجة للدفع والنفي، لا للاستحقاق والإثبات[١].

أما الجمهور فقد اتفقوا مع الحنفية في القول ببقاء حياة المفقود استصحاباً حتى يُثبت الدليل خلاف ذلك، غير أنهم اختلفوا معهم في مدى الاستفادة من استصحاب حياته، فالاستصحاب عندهم حجة لإثبات الحقين الإيجابي والسلبي[٢]، مما يفيد أنه يرث من غيره.

ومع الخلاف السابق بين الفريقين إلا أنهم اتفقوا على وقف نصيب المفقود من الميراث حتى يتبين أمره؛ لأنهم نظروا حال المفقود فرأوا أن حياته كانت غير متيقنة وقت موت المورث، إذ يحتمل أنه كان حياً وقتها، كما يحتمل أنه كان ميتاً، فيرث على الاحتمال الأول بينما لا يرث على الاحتمال الثاني، ونظراً لهذا الشك والتردد في حياته وموته، لجأ الفقهاء إلى إيقاف ما يؤول إليه من نصيبه في ميراث من مات من أقاربه خلال مدة فقدانه وقبل أن يحكم بموته[٣].

---

(١) تنقيح الأصول لصدر الشريعة بهامش التلويح على التوضيح: ٢/ ١٠١ ـ ١٠٢. أصول الشاشي: ٣٨٩. التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٣/ ٣٨٧. كشف الأسرار للبخاري: ٣/ ١٨١، ٣/ ٥٣٧.

(٢) شرح الإسنوي: ٣/ ١٧٧. الإبهاج للسبكي: ٣/ ١٧١. البحر المحيط للزركشي: ٦/ ٧. شرح الكوكب المنير لابن النجار: ٥٩. المدخل لابن بدران: ٢٨٦. إرشاد الفحول للشوكاني: ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩ ـ ١٥٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨ ـ ١٧٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٨/ ٢٢٤. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. منح الجليل لعليش: ٩/ ٧٠٠. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٢ ـ ٤٢٣. حاشية =

فإن ظهر حياً أخذ نصيبه الموقوف له؛ لثبوت حياته وقت موت مورثه ـ وهو شرط الإرث ـ وإن ثبت موته بالبينة في تاريخ سابق لموت المورث لم يرث شيئاً؛ لانتفاء شرط الإرث، ويرد النصيب الموقوف للمفقود على ورثة مورثه الأحياء عند موت الأخير، أما إن ثبت أن موت المفقود كان في تاريخ لاحق لموت المورث، فقد تحقق شرط الإرث، ويعد هذا النصيب الموقوف جزءاً من تركته، ويقسم مع بقية أمواله على ورثته الأحياء وقت موته.

وإن ثبت موت المفقود دون معرفة تاريخ موته، فلا يرث؛ لانتفاء شرط الإرث أيضاً، فحياته مشكوك فيها وقت موت مورثه، والشك يمنع الميراث.

أما إذا لم يثبت موته ولم تظهر حياته، واستمرت الجهالة ملابسة لمصيره حتى حكم القضاء بموته بعد انقضاء مدة التعمير عند الجمهور، وبعد أربع سنين عند الحنابلة في المفقود في ظروف الهلاك، فقد اختلف الفقهاء في حكم المال الموقوف على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء[1]، إلى أن المفقود لا يرث في هـذه

= الجمل: ٤/ ٣٠. حاشية البجيرمي: ٣/ ٢٦٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧. الإنصاف للمرداوي: ٨/ ٣٣٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣.

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩ ـ ١٥٠. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨ ـ ١٧٩. المبسوط للسرخسي: ٣٠/ ٥٤. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٨/ ٢٢٤. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٢. الوسيط للغزالي: ٤/ ٣٦٧. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٣. حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٦/ ٢١٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨.

الصورة شيئاً، ويرد النصيب الموقوف إلى الورثة الموجودين حال موت قريب المفقود؛ لأن حياة المفقود لم تكن متيقنة وقت وفاة المورث، بل هي في موضع شك، ولا إرث مع الشك.

القول الثاني: ذهب الشافعية في قول، والحنابلة في المذهب[1]، إلى أن المفقود يستحق هذا النصيب الموقوف له من تركة مورثه، ويعد المال الموقوف له كبقية ماله، ويقسم على ورثته الموجودين ساعة الحكم بموته.

وقد احتج الشافعية والحنابلة لذلك بأن المفقود كان حياً حكماً قبل الحكم بموته؛ لأن الحياة هي الأصل سيما أنه كان حياً عندما فقد، ولا يحكم بموته إلا بعد انقضاء مدة من الزمان، وعندها يعد ميتاً؛ لأن الحكم بموته ينزل منزلة وقت موته، وهذا يعني أنه كان حياً وقت موت مورثه مما يفيد استحقاقه للإرث منه؛ لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث حياة مستقرة بعد الموت، أو إلحاقه بالأحياء حكماً، كالحمل والمفقود[2].

والخلاف السابق فرع عن اختلاف الفقهاء في التاريخ الذي يعد المفقود ميتاً فيه، هل هو تاريخ الفقد أم تاريخ الحكم؟ فعلى القول بأن المفقود يعد ميتاً من تاريخ فقده في حق مال غيره، لا يرث المفقود ممن توفي من مورثيه بعد

---

(١) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٧. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨. الكافي لابن قدامة: ٢/ ٥٦٦. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣٢. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ١/ ٤٠٧.

(٢) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦.

فقدانه؛ لوفاته قبل مورثه، وهذا قول الحنفية[1].

وعلى القول بأنه يعد ميتاً من تاريخ الحكم بموته: يرث المفقود ممن مات من أقربائه خلال مدة فقدانه لوفاته بعده[2].

ويرى الباحث اختيار قول الجمهور بأن المفقود لا يرث من غيره إذا استمرت الجهالة محيطة بحياته حتى حكم بموته؛ لأن حياة المفقود وإن كانت ثابتة بالاستصحاب إلا أن احتمال وفاته وارد أيضاً وهذا يورث شكاً في حياته وقت موت المورث، ولا خلاف بين الفقهاء أن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث وهذا الشرط غير متوافر في هذه الصورة.

ولا بد من الإشارة أخيراً إلى كيفية التوارث بين المفقودين، فإذا غابت مجموعة من الأقارب وانقطعت أخبارهم ومضى على ذلك زمان طويل حكم بعده بموتهم، فهل يصار إلى توريث هؤلاء المفقودين بعضهم من بعض، مع أن الجهالة تحيط بحياة هؤلاء جميعاً؟

ينطبق على هؤلاء المفقودين ما جاء في ميراث الغرقى والهدمى بجامع عدم العلم بتاريخ الوفاة في كلٍّ، وبناء على ذلك لا توارث بين المفقودين، ومال كلٍّ لورثته إذا حكم بموتهم بعد انقضاء مدة الأجل، إلا إذا علم من مات منهم أولاً فيرث من تأخرت وفاته منهم السابق؛ لأن الإرث يبنى على اليقين بسبب الاستحقاق، وشرط الإرث، وهو تحقق حياة الوارث بعد موت المورث لم

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ١٢٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨.

(٢) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥ ـ ٤٦٧. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

يثبت، ولا إرث مع الشك، وهذا قول الجمهور[1]، خلافاً للحنبلية[2] الذين قالوا بتوارثهم من بعضهم، فيرث كل واحد من صاحبه من ماله القديم الذي مات وهو يملكه، شرط أن لا يعلم موتهم معاً، فإن علم أنهم ماتوا في زمن واحد، فلا توارث بينهما؛ لأن الوارث لم يكن حياً وقت موت الآخر.

ميراث المفقود من غيره في القانون:

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في حكم ميراث المفقود من غيره بمذهب الجمهور، أي أنه قضى بحفظ النصيب المستحق للمفقود من تركة الغير بصورة مؤقتة ريثما يتبين مصيره، ويزول الشك حول حياته أو مماته، وقد نص على ذلك في المادة /٣٠٢/ التي جاء فيها: «يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه»[3]. وهذا مطابق تماماً للقانون المصري[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٧٩٨. تكملة البحر الرائق للطواري: ٨/ ٥٧٧. تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٤١. مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٧٦٨ ـ ٧٦٩. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٣/ ٢٤٢. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. منح الجليل لعليش: ٩/ ٦٩٦. المنتقى للباجي: ٦/ ٢٥٣. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٧. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٧٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٤٢. الكافي لابن قدامة: ٢/ ٤٨. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٤.

(٣) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لقصاب حسن: ٢٤٠. وينظر: المدخل إلى علم القانون لعبدالله: ٢٨٦.

(٤) ينظر: المادة /٤٥/ من القانون المصري رقم /٧٧/ لعام ١٩٤٣. حيث جاء نص المادة مطابقاً للمادة /٣٠٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

فالمفقود بنظر القانون لا يحرم من الحقوق التي تؤول إليه خلال مدة فقدانه؛ لعدم ثبوت موته، كما أنها لا تدخل في ملكه بصورة نهائية؛ لأن حياته غير محققة.

النقطة الثانية ـ كيفية وقف نصيب المفقود من تركة مورثه:

اتفق الفقهاء على وقف نصيب المفقود من تركة مورثه ـ كما سبق ـ ولكن كيف يصار إلى حساب نصيبه، وهل لهذا الإيقاف أثر على حصص بقية الورثة؟

إذا كان المفقود أحد ورثة المتوفى، فإنه لا يخلو أن يكون حاله واحداً من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد للمتوفى خلال مدة الانتظار، أو بحكم الوحيد، كأن يكون معه ورثة آخرون ولكنهم محجوبون به حجب حرمان. وهنا توقف التركة كلها للمفقود، ولا تقسم تركته حتى يظهر حال المفقود[1].

الحالة الثانية: أن يكون مع المفقود ورثة آخرون، لا يحجبون به، أو يحجبون به حجب نقصان، فإذا كان نصيب الورثة الآخرين ثابتاً لا يختلف على تقدير حياته أو موته، أخذ كل وارث نصيبه، ويوقف للمفقود نصيبه.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. العناية للبابرتي: ٦/ ١٤٩. الفتاوى الهندية: ٦/ ٤٥٦. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ١٨. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠. حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦. وينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: ٨/ ٢٢٤. حاشية العدوي: ٢/ ٣٨٧.

أما إن كان نصيب الورثة يختلف ما بين تقدير وآخر، فإنهم يأخذون أقلَّ النصيبين، وهو المقدار الذي لا ينقص عنه في حال حياة المفقود، أو في حال مماته، ويوقف نصيب المفقود مع فروق الأنصباء إن وجد حتى يظهر حال المفقود، أو يحكم بموته بعد انقضاء مدة الانتظار(١).

وطريقة وقف حصة المفقود في مسائل الميراث أن تحل المسألة التي يعد المفقود أحد الورثة منها على طريقتين:

الأولى: على فرض أنه حي، **الثانية**: على فرض أنه ميت، ثم تتم المقارنة بين الحصص، فمن كان وارثاً على تقدير، ومحجوباً على الآخر لم يعط شيئاً، ومن لم يختلف نصيبه على تقدير حياة المفقود أو موته، أخذ نصيبه.

أما إن اختلف نصيب أحد الورثة على أي من التقديرين، أخذ الحصة الأقل؛ لأنه النصيب المتيقن، وما زاد عليه فهو مشكوك في استحقاقه، يقول الإمام النووي ـ رحمه الله ـ: «ومن ينقص حقه بحياته ـ المفقود ـ يقدر في حقه حياته، ومن ينقص حقه بموته، يقدر في حقه موته، ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته يعطى نصيبه»(٢).

ويوقف للمفقود نصيبه، كما يوقف معه ما زاد عن نصيبه من فروق أنصبة الورثة.

---

(١) الهداية للمرغيناني: ٢/ ١٨٢. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٥٠. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧ ـ ٤٨٨. منح الجليل لعليش: ٩/ ٧٠٠. التاج والإكليل للمواق: ٨/ ٦٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٠. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٢ ـ ٤٢٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥ ـ ٣٦. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣١. المغني لابن قدامة: ٦/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٦.

وقد اعتمد جمهور الفقهاء هذه الطريقة[1]، وثمة طريقتان أخريان لحل مسائل المفقود:

الأولى: أن تحل المسألة على تقدير حياة المفقود في حق جميع الورثة، وتقسم التركة على فرض حياته فقط.

وذلك عند الشافعية في وجه بعيد، والحنابلة في رواية[2]، ووجه هذه الطريقة أن حياة المفقود هي الأصل، فإن ظهر خلافه غيرنا الحكم، ولا يوقف للمفقود من التركة سوى النصيب الذي يستحقه إن كان وارثاً.

الثانية: أن تحل المسألة على تقدير موته في حق الجميع، وتقسم التركة على تقدير عدم وجوده، فإن ظهر خلاف ذلك أعيدت القسمة، وهذا ما ذهب الشافعية إليه في وجه آخر[3]، وحجتهم في هذه الطريقة أن استحقاق بقية الورثة الحاضرين معلوم، أما استحقاق المفقود فمشكوك فيه، ولا ميراث مع الشك.

مصير النصيب الموقوف:

يبقى النصيب الموقوف لصالح المفقود موقوفاً حتى ينكشف حال المفقود، فإن ظهر حياً أخذ نصيبه الذي يستحقه، ورد الباقي في حال وجوده

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٥/ ١٧٨ ـ ١٧٩. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧ ـ ٤٨٨. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٩. حاشية الشرقاوي: ٢/ ٢١١. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٠. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧ ـ ٣٣٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٣.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٧. الوسيط للغزالي: ٤/ ٣٦٨. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٧. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ١/ ٤٠٧. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٥/ ٣٧. الوسيط للغزالي: ٤/ ٣٦٨. العزيز شرح الوجيز للرافعي: ٦/ ٥٢٧.

على بقية الورثة. بحيث يستكمل الورثة حصصهم على تقدير حياته؛ لأنه ظهر حياً، وإن ثبت أنه مات، ينظر فإن كان موته بعد موت مورثه، اقتسم ورثة المفقود نصيبه المستحق كسائر أمواله، ورد الباقي على الورثة، وإن كان موته قبل موت مورثه، أو لم يعرف تاريخ موته، فلا حق له في النصيب الموقوف ويرد على ورثة المتوفى.

أما إن ظل المفقود مجهول الحال، ولم يعلم مصيره حتى صدر الحكم بموته بعد انقضاء مدة الانتظار، فلا شيء للمفقود من الحصة الموقوفة أيضاً، ويرد هذا النصيب على ورثة الميت الأول عند الجمهور، خلافاً للشافعية في قول، والحنابلة في المذهب الذين قالوا باستحقاقه للحصة الموقوفة له، فيقتسم ورثة المفقود النصيب المستحق لوارثهم، ويرد الباقي على ورثة الميت الأول.

من خلال ما تقدم يتبين أن النصيب الموقوف قد يساوي الحصة المستحقة للمفقود فقط وقد يزيد عليها؛ نتيجة فروق الأنصباء الناتج عن حل مسألة المفقود على فرض حياته مرة، وعلى فرض وفاته مرة أخرى، وهذه الزيادة توقف مع نصيب المفقود حتى يتبين أمره؛ لأن مستحقها مشكوك فيه والإرث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وهذا غير متحقق هنا، فلا يوزع الزائد عن نصيب المفقود إذ لا إرث بالشك.

غير أن الحنابلة قالوا: إن لباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد على حصة المفقود من النصيب الموقوف فيقتسمونه بينهم؛ لأن هذه الحصة حقهم ولا تخرج عنهم، ولهم الصلح أيضاً على النصيب الموقوف كله إذا لم يكن للمفقود فيه نصيب، بأن يكون ممن يحجب غيره من الورثة دون أن لا يرث[1].

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٧. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣٣ ـ ٦٣٤. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٤. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٩. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٧/ ١٤٤ ـ ١٤٥.

ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لطريقة وقف نصيب المفقود، ولكيفية توزيع بقية الحصص على سائر الورثة، فينبغي العودة إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي بناءً على المادة /٣٠٥/ التي نصت على ذلك.

النقطة الثالثة ـ أمثلة تطبيقية على كيفية وقف نصيب المفقود:

آ ـ أمثلة على وقف كامل التركة للمفقود:

من ذلك أن يموت شخص عن ولد مفقود ليس له من الورثة غيره، فتوقف التركة كلها لهذا الولد حتى يتبين حاله؛ لأنه لا وارث له غيره، فإن ظهر حياً أخذ كامل المال، وإن تبين موته، أو حكم القاضي بموته آلت التركة إلى بيت المال؛ لأنه وارث من لا وارث له.

ومن ذلك أيضاً أن يموت شخص عن أخ شقيق وأخ لأب وابن مفقود، فإن التركة توقف للابن المفقود حتى يظهر أمره؛ لأنه يحجب الأخوة حجب حرمان، فإن ثبتت حياته استحق المال الموقوف كله، وإن جهل حاله حتى حكم القاضي بموته، استحق الأخ لأم السدس والباقي تعصيباً للأخ الشقيق.

ب ـ أمثلة على وقف قسم من التركة يساوي نصيب المفقود:

١ ـ توفيت عن زوج مفقود وأختين لأب وعم شقيق، المفقود في هذا المثال ليس الوارث الوحيد، كما أنه لا يحجب بقية الورثة، ولذلك يجب أن تحل المسألة على فرض حياته ثم على فرض مماته.

١ ـ **على فرض حياة الزوج المفقود**: يستحق الزوج النصف، والأختان الثلثين، فأصل المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، يأخذ الزوج ثلاثة أسهم، وللأختين أربعة.

٢ ـ **على فرض موت الزوج المفقود:** تستحق الأختان الثلثين والباقي للعم تعصيباً، وأصل المسألة من ثلاثة تأخذ الأختان سهمين وللعم سهم واحد.

والجامعة من واحد وعشرين نتيجة ضرب أصل مسألة الموت بأصل مسألة الحياة ويصبح نصيب الزوج إذا كان حياً تسعة أسهم، وللأختين اثنا عشر سهماً، وعلى تقدير وفاته للأختين أربعة عشر سهماً وللعم سبعة.

ونتيجة المقارنة يقدر الزوج حياً ويوقف له تسعة أسهم، وتأخذ الأختان اثني عشر سهماً؛ لأنه اليقين، ولا يأخذ العم شيئاً.

على تقدير حياة الزوج			على تقدير وفاة الزوج			الجامعة على تقدير الحياة		الجامعة على تقدير الوفاة
٦		٧			٣		٢١	٢١
٢/١	زوج مفقود	٣	٠	زوج مفقود	متوفى	زوج مفقود	٩	-
٣/٢	أختان لأب	٤	٣/٢	أختان لأب	٢	أختان لأب	١٢	١٤
ع	عم شقيق	٠	ع	عم شقيق	١	عم شقيق	٠	٧

فإذا عاد المفقود أخذ ما وقف له، وإن ثبت أنه مات بعد زوجته، أخذ ورثة الزوج النصيب الموقوف له، أما إن ثبت أنه مات قبل زوجته، أو لم يعلم تاريخ الموت، فإن نصيبه يرد إلى الأختين والعم، فتأخذ الأختان سهمين ليكتمل نصيبهما، ويأخذ العم سبعة أسهم، وهذا ما يصار إليه عند الجمهور إذا استمرت الجهالة محيطة بحياته لغاية صدور الحكم القضائي بموته، خلافاً للشافعية في قول، والحنابلة في المذهب، حيث قالوا بتوزيع السهام التسعة على ورثته.

٢ ـ توفي عن أب وأم وزوجة وبنت وابن مفقود، ولا بد هنا من حل المسألة أيضاً على تقدير حياته ومن ثم موته؛ لأن المفقود ليس الوارث الوحيد ولا يحجب بقية الورثة.

١ ـ **حل المسألة على تقدير حياة المفقود:** يأخذ الأب والأم السدس، وللزوجة الثمن، والباقي للابن المفقود والبنت، فأصل المسألة من أربعة وعشرين، للأب أربعة أسهم، وللأم مثل ذلك، وللزوجة ثلاثة أسهم وللابن والبنت الباقي، وهو ثلاثة عشر سهماً، وهذا الرقم لا يقسم على ثلاث حصص، للابن حصتان وللبنت واحدة، فيجب أن تصحح هذه المسألة بضربها بعدد الرؤوس وهو ثلاثة، ليصبح أصل المسألة من اثنين وسبعين، للأب منها ١٢سهماً وللأم ١٢، وللزوجة ٩ وللبنت ١٣ وللابن المفقود ٢٦سهماً.

٢ ـ **حل المسألة على تقدير وفاة المفقود:** يأخذ الأب السدس فرضاً والباقي تعصيباً، وللأم السدس وللزوجة الثمن، وفرض البنت النصف، فأصل المسألة من أربعة وعشرين، للأب خمسة أسهم وللأم أربعة وللزوجة ثلاثة، وللبنت اثنا عشر سهماً.

والجامعة بينهما من اثنين وسبعين نتيجة ضرب أصل الأخيرة بثلاثة، فيصبح نصيب الأب خمسة عشر سهماً، وللأم اثنا عشر سهماً، وللزوجة تسعة، وللبنت ستة وثلاثون سهماً.

وبالمقارنة بين أنصبة الورثة في المسألتين يتبين أن المفقود لا يرث شيئاً على تقدير الوفاة، ويرث ستة وعشرين سهماً على تقدير حياته فيوقف له هذا النصيب، وتأخذ الزوجة والأم كل منهما نصيبها؛ لأنه واحد في المسألتين وهو اليقين، فتأخذ الزوجة تسعة والأم اثني عشر، أما الأب والبنت فإن نصيبهما يختلف، فيقدر في حقهما حياة المفقود ويأخذان النصيب الأقل وهو اثنا عشر

سهماً للأب، وثلاثة عشر سهماً للبنت، ومجموع النقص في الحصتين الأخيرتين يساوي مقدار الحصة الموقوفة للمفقود، فإذا ظهر المفقود حياً أخذها، وإن حكم القاضي بموته بعد انقضاء مدة الانتظار، رد النصيب الموقوف عند الجمهور على ورثة المتوفى، فيأخذ الأب ثلاثة أسهم، وللبنت ثلاثة وعشرون تتمة نصيب كل منهما.

على تقدير حياة المفقود				على تقدير وفاة المفقود			الجامعة على تقدير الحياة		الجامعة على تقدير الوفاة
		٢٤	٧٢			٢٤		٧٢	٧٢
١/٦	أب	٤	١٢	١/٦+ع	أب	٥	أب	١٢	١٥
١/٦	أم	٤	١٢	١/٦	أم	٤	أم	١٢	١٢
١/٨	زوجة	٣	٩	١/٨	زوجة	٣	زوجة	٩	٩
ع	بنت	١٣	١٣	١/٢	بنت	١٢	بنت	١٣	٣٦
	ابن مفقود		٢٦	-	ابن مفقود	متوفى	ابن مفقود	٢٦	-

ج ـ مثال على وقف حصة من التركة أكثر من نصيب المفقود:

توفيت امرأة عن زوج وأختين شقيقتين وأخ شقيق مفقود.

١ ـ حل المسألة على تقدير حياة المفقود: يستحق الزوج نصف التركة فرضاً، وللأخ الشقيق مع أختيه نصفها تعصيباً، فأصل المسألة من أربعة، للزوج سهمان وللإخوة سهمان توزع للذكر مثل حظ الأنثيين، ونظراً لتعذر قسمة السهمين على أربع حصص، فكان لابد من تصحيح المسألة بضرب عدد الرؤوس في أصل المسألة وفي سهام كل وارث، ويصبح الأصل الجديد بعد

التصحيح ثمانية، للزوج أربعة سهام، وللأخ الشقيق سهمان، وللأختين سهمان لكل واحدة منهما سهم.

٢ ـ حل المسألة على تقدير وفاة المفقود: يستحق الزوج النصف والشقيقتان الثلثين، فأصل المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، للزوج ثلاثة أسهم، وللشقيقتين أربعة أسهم.

والجامعة بينهما من ستة وخمسين نتيجة ضرب أصل إحدى المسألتين بأصل الأخرى، فيكون نصيب الورثة على تقدير الحياة، للأخ الشقيق أربعة عشر سهماً، وللأختين الشقيقتين لكل واحدة منهما سبعة أسهم، وللزوج ثمانية وعشرون سهماً، وعلى تقدير الموت، لا شيء للأخ المفقود، أما نصيب الشقيقتين فلكل واحدة ستة عشر سهماً، وللزوج أربعة وعشرون.

وبمقارنة الأنصبة في كل مسألة نجد أن الأخ الشقيق لا يرث شيئاً على تقدير وفاته، ويستحق أربعة عشر سهماً على تقدير حياته، فيوقف له هذا النصيب، أما الأختان فإن نصيبهما يختلف من مسألة إلى أخرى، فتأخذ كل واحدة منهما النصيب الأقل، وهو سبعة أسهم على تقدير حياة المفقود؛ لأنه القدر المتيقن بالنسبة لها.

وكذلك أيضاً، فإن نصيب الزوج يختلف في حالة تقدير الحياة عن حالة تقدير الموت، فيأخذ النصيب الأقل والقدر المتيقن وهو أربعة وعشرون، ويبقى من فروق الأنصباء أربعة أسهم زيادة على نصيب المفقود، فتوقف مع الحصة الموقوفة له إلى أن يتبين حاله وهذا عند الجمهور[1].

---

(١) خلافاً للجمهور فقد نص الحنابلة على أن للزوج والأختين أن يصطلحوا على الأسهم الأربعة الزائدة على نصيب المفقود الموقوف قبل مضي المدة؛ لأنها حقهم ولا تخرج عنهم.

فإذا عاد المفقود أخذ ما وقف له وردت الأسهم الأربعة على الزوج لإكمال نصيبه؛ لأن المفقود ظهر حياً، وإن ثبت موته بعد موت أخته، أخذ ورثته نصيبه، وردت الأسهم الأربعة على الزوج أيضاً؛ لأنه ظهر أنه كان حياً عند موت أخته، أما الشقيقتان فقد أخذت كل واحدة منهما نصيبها كاملاً؛ لأنها استحقته على فرض الحياة.

أما إن ثبت أن المفقود مات قبل أخته التي يرث منها، أو لم يعلم تاريخ موته، أو جهل مصيره إلى أن حكم القاضي بموته، فإن الموقوف كله يرد على الأختين، فتأخذ كل واحدة منهما تسعة أسهم إضافة إلى السبعة التي أخذتها لتصل إلى تمام نصيبها بعد أن تبين موت المفقود.

واختار الحنابلة في المذهب[1] أن المدة إذا مضت ولم يتبين أمره حتى حكم بموته، فإن الموقوف يعد كبقية ماله، فيقتسم ورثة الأخ الشقيق الأسهم الأربعة عشر، ويرد على الزوج أربعة أسهم.

على تقدير حياة المفقود				على تقدير وفاة المفقود			الجامعة على تقدير الحياة		الجامعة على تقدير الوفاة
		٤	٨		٦	٧		٥٦	٥٦
١/٢	زوج	٢	٤	١/٢	زوج	٣	زوج	٢٨	٢٤
	أختان شقيقتان	١	٢	٢/٣	أختان شقيقتان	٤	أختان شقيقتان	١٤	٣٢
ع	أخ شقيق مفقود	١	٢	-	أخ شقيق مفقود	متوفى	أخ شقيق مفقود	١٤	-

(١) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦.

د ـ مثال على وقف حصة من التركة بسبب المفقود وإن لم يكن له حق فيها:

توفيت امرأة عن زوج وأخت شقيقة وأخ لأب مفقود.

١ ـ حل المسألة على تقدير حياة المفقود: يستحق الزوج النصف والأخت الشقيقة النصف فأصل المسألة من اثنين للزوج واحد وللشقيقة واحد، والباقي تعصيباً ـ وهو لا شيء ـ للأخ لأب وللأخت لأب.

٢ ـ حل المسألة على تقدير الموت: يستحق الزوج النصف وللشقيقة النصف، وللأخت لأب السدس، فأصل المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، يأخذ الزوج ثلاثة أسهم وللشقيقة ثلاثة وللأخت لأب واحد.

والجامعة من أربعة عشر نتيجة ضرب أصل مسألة الحياة بأصل مسألة الموت، ويصبح نصيب الورثة على تقدير الحياة للزوج سبعة وللأخت الشقيقة سبعة، وليس للأخ لأب والأخت لأب شيء، وعلى تقدير الموت يستحق الزوج ستة أسهم، وللأخت الشقيقة ستة أسهم، وسهمان للأخت لأب.

وبمقارنة الأنصبة نجد أن الأخ لأب المفقود لا يستحق شيئاً على كلا التقديرين، أما الزوج فيستحق سبعة أسهم على تقدير حياة المفقود، وستة أسهم على تقدير موته، فيأخذ الأقل منهما وهو ستة أسهم، وكذلك تأخذ الأخت الشقيقة ستة أسهم وهو الأقل من نصيبها في المسألتين، ولا تأخذ الأخت لأب شيئاً؛ لأنها لا ترث على تقدير حياته وترث سهمين على تقدير وفاته، فيقدر في حقها وفاته، ويوقف هذان السهمان مع أنه لا حق للمفقود فيهما حتى يظهر حاله عند الجمهور، أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للزوج وللأخت الشقيقة والأخت لأب أن يتصالحوا على هذين السهمين قبل انقضاء المدة والحكم بموته؛ لأن هذه الحصة الموقوفة لا تخرج عنهم.

على تقدير حياة المفقود			على تقدير وفاة المفقود			الجامعة على تقدير الحياة		الجامعة على تقدير الوفاة
		٢		٦	٧		١٤	١٤
٢/١	زوج	١	٢/١	زوج	٣	زوج	٧	٦
٢/١	أخت شقيقة	١	٢/١	أخت شقيقة	٣	أخت شقيقة	٧	٦
ع	أخت لأب	ـ	٦/١	أخت لأب	١	أخت لأب	٠	٢
	أخ لأب مفقود	٠	ـ	أخ لأب مفقود	متوفى	أخ لأب مفقود	٠	ـ

ثانياً ـ حقوق المفقود في وصايا الغير له:

يقصد بحقوق المفقود في وصايا الغير له، ما يستحقه من وصايا الآخرين له، سواء تمت هذه الوصية وانعقدت قبل فقدانه أم بعده.

وبداية لابد من بيان حكم الوصية للمفقود وأثر غيابه عليها إذا انعقدت صحيحة قبل فقدانه، فهل تنعقد الوصية صحيحة إذا كان الموصى له مفقوداً؟ وإذا كان الموصى له حاضراً عند انعقاد الوصية له، فهل يبطلها فقدان الموصى له بعد ذلك؟

إن معرفة حكم الوصية للمفقود وأثر غيابه عليها يوجب بيان ما اشترطه الفقهاء في الموصى له؛ لأن غيابه وانقطاع أخباره والجهل المحيط بحياته تعد ظروفاً طارئة جديدة، قد تحول دون صحة الوصية له أو تمنع استمرارها، وهذا الوضع الجديد للموصى له يتطلب معرفة مدى انطباق الشروط المطلوب توافرها في الموصى له على المفقود.

فقد اشترط الفقهاء في الموصى له لتصح الوصية إليه عدة شروط منها، أن لا يكون وارثاً، وأن يكون معلوماً، وغيرها من الشروط التي تنطبق على الحاضر والمفقود على حد سواء، إلا أن الشرط الذي ينبغي التأكد من تحقيق المفقود له ليصار إلى القول بصحة الوصية له وعدم إبطالها بغيابه، هو أن يكون موجوداً، والمقصود بالوجود الحياة، فيشترط جمهور الفقهاء[١] في الموصى له أن يكون حياً وقت الوصية ووقت وفاة الموصي، فإذا أوصى لميت بطلت الوصية، وكذلك إذا أوصى لحي ثم مات، وخالف المالكية الجمهور وقالوا بصحة الوصية للميت إن علم الموصي بموته، ويصرف المال الموصى به في إيفاء ديونه إن كان غارماً، وإلا فهو لورثته[٢].

وقد مر معنا أن المفقود يعد حياً خلال مدة فقدانه بدلالة الاستصحاب، وهذا يفيد انطباق هذا الشرط عليه.

وبناء على ذلك تصح الوصية للمفقود؛ لأنه حي حكماً عند الجمهور، وتنعقد صحيحة عند المالكية أيضاً قبل الحكم بموته استصحاباً لحياته، ويشهد لذلك القياس بالأولى على صحة الوصية لمن سيولد وإن كان غير موجود من

---

(١) ينظر: تكملة البحر الرائق للطواري: ٨/ ٤٦٠. العناية للبابرتي: ١٠/ ٤٨٧. مجمع الأنهر لداماد: ٢/ ٧١٥. حاشية ابن عابدين: ٨/ ٦٨٨. تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٠٣. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ١١١. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٦٩. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ١٥٨. حاشية البجيرمي على الخطيب: ٣/ ٣٤٤. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٤٤. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٢/ ٤٥٨. المغني لابن قدامة: ٦/ ٦٧.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٢٦. شرح الخرشي: ٨/ ١٧٠. منح الجليل لعليش: ٩/ ٥١١. المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٢/ ٥١٩.

أصله[١]، بل إن قواعد المذهب المالكي تفيد صحة الوصية للمفقود بعد الحكم بموته إن علم الموصي بهذا الحكم، وتصرف الوصية عندها في إيفاء ديونه أو لورثته.

وإذا انعقدت الوصية صحيحة قبل فقدان الموصى له، فإن غيابه وانقطاع أخباره، لا يخل بالشروط المطلوب توافرها فيه لاستمرار صحة الوصية له، إلا أن تثبت وفاته، أو يحكم بموته بعد انقضاء مدة الانتظار، أي أن الفقدان لا يعد أحد مبطلات الوصية؛ لاستصحاب حياة المفقود.

هذا فيما يتعلق بانعقاد الوصية وحكمها قبل وفاة الموصي، ولكن ما حكم هذه الوصية في حال وفاة الموصي خلال مدة فقدان الموصى له؟

نص الفقهاء على أن الوصية تجري مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له دون مقابل كانتقاله إلى الورثة، وشرط استحقاق الموصى له بقاؤه حياً بعد وفاة الموصي كشرط الميراث[٢].

وبناءً على ذلك، فإن حكم الوصية للمفقود يأخذ حكم الميراث من جهة كونهما حقوقاً إيجابية جديدة تثبت له بعد فقدانه، وهذه الحقوق تتطلب كونه حياً وقت انتقالها إليه وإلا بطلت، ونظراً للغموض الذي يلابس حياة المفقود، لا يصار إلى القول ببطلان الوصية لعدم القطع بوفاة الموصى له قبل موت الموصي، كما أن عدم التثبت من حياته أيضاً، يحول دون إنفاذ الوصية، ولذلك يوقف المال الموصى به للمفقود حتى ينكشف حاله، أو يحكم بموته.

---

(١) التاج والإكليل للمواق: ٨/ ٥١٦. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٣٦٦.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٥. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٥٠٤. وينظر: درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤٤٥.

فإذا ظهر حياً وقبِل الوصية نفذت واستحق ما أوصي له به، إذا توافرت شروط الصحة الأخرى ولم يتجاوز الموصى به ثلث ما بقي من التركة بعد إيفاء الديون ونفقات الدفن، إلا أن يجيز الورثة ما زاد عن ذلك[١].

أما إن رد الوصية، فإن هذه الوصية ترتد، ويستقر الملك لورثة الموصي عند الجمهور[٢]، خلافاً لزفر الذي رأى عدم قبول رده؛ لأن الوصية تمليك جبري كالإرث عنده[٣].

وإذا ظهر أن المفقود قد توفي، فإن كانت وفاته قبل موت الموصي، بطلت الوصية؛ لأنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح، وإن كان تاريخ وفاة الموصى له (المفقود) بعد وفاة الموصي، فإن الموصى به يدخل في ملك ورثة المفقود حكماً، وإن مات الموصى له قبل القبول؛ لأن الوصية لزمت من جهة الموصي بموته، وتعذر فسخها من جهته، وإنما أوقفت لحق الموصى له إذ

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ١٢٤ ـ ١٢٥. اللباب شرح الكتاب للميداني: ٣/ ٢٢٢. القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٦٦. المدونة الكبرى: ٢/ ٣٥. روضة الطالبين للنووي: ٥/ ١١٧، ١٢٩ ـ ١٣٠. مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ٤٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٤١ ـ ٣٤٢.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٨٤. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤٢٧. الفروق للكرابيسي: ٢/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨. التاج والإكليل للمواق: ٨/ ٥١٧. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٣٦٦ ـ ٣٦٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٨٧. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ١٣٥. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٣٧. المغني لابن قدامة: ٦/ ٦٨. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٢٠٥. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٤٦٠ ـ ٤٦١.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ٣٣١ ـ ٣٣٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٨٤. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤٢٧. المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ٤٧. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٨٩.

يملك خيار الرد، فإذا مات دخل المال في ملكه وبطل خياره، كما في البيع بشرط الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة، وهذا عند الحنفية(١).

أما الجمهور(٢)، فقد ذهبوا إلى عدم دخول الموصى به في ملك الورثة مباشرة، بل قالوا: ينتقل حق القبول والرد إلى الورثة؛ لأنه حق ثبت للمورث فيثبت للوارث؛ لأنه فرعه، فقام مقامه، إضافة إلى أن الوصية لا تبطل؛ لأنها عقد لازم من أحد الطرفين، فلم تبطل بموت من له الخيار؛ ولأنها عقد لا يبطل بموت الموجَب له، فلا يبطل بموت الآخر(٣).

وذهب الحنابلة في قول إلى بطلان الوصية بوفاة الموصى له لتعذر القبول بعد ذلك؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول بطل العقد كالهبة(٤).

وأما إذا لم ينكشف حال المفقود، واستمرت الجهالة محيطة بحياته لغاية الحكم بموته، فقد نص الحنفية على أن الوصية تبطل، ويرد المال الموصى به إلى

(١) اللباب شرح الكتاب للميداني: ٣/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤. درر الحكام لمنلاخسرو: ٢/ ٤٣٠. تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٨٤.

(٢) التاج والإكليل للمواق: ٨/ ٥١٧. مواهب الجليل للحطاب: ٦/ ٣٦٧. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٢٤. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٨٨. الأم للشافعي: ٤/ ١٠٢. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٧/ ٣٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ١٣٦. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٣٤٦. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٤٧٦ ـ ٤٧٧. القواعد لابن رجب: ٣١٦.

(٣) الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٤٧٦ ـ ٤٧٧. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٤٦٠.

(٤) المغني لابن قدامة: ٦/ ٧٠. القواعد لابن رجب: ٣١٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٢٠٦.

ورثة الموصي[١]؛ لأنهم يرون أن قرار الحكم بموت المفقود في حق مال غيره له أثر رجعي، أي أنه يعد ميتاً من تاريخ فقدانه، وهذا يبطل الوصية له على كل حال سواء أصدرت هذه الوصية قبل فقدانه أم بعده، فإذا كان الموصي قد أوصى لحاضر ثم فقد، وتوفي الموصي خلال مدة الفقدان، فإن الوصية تبطل؛ لأن الموصى له قد توفي حكماً قبل موت الموصي، وكذا لو أوصى له خلال فقدانه فإنها تبطل؛ لوفاة الموصى له قبل صدور الوصية أصلاً، فضلاً عن وفاة الموصي، ويشترط لاستحقاق الموصى له أن يكون على قيد الحياة بعد وفاة الموصي.

أما الجمهور فلم ينصوا على حكم الوصية للمفقود، ولكن لما كانت الوصية أخت الميراث، فإن حكم المال الموصى به والذي وقف لحين الكشف عن حال المفقود، يأخذ حكم الحصة الموقوفة له من ميراث غيره.

وبناء على ذلك ترد الوصية الموقوفة إلى ورثة الموصي كقول الحنفية، وهذا رأي الأكثرية في الميراث[٢] ـ كما مر ـ خلافاً للشافعية في قول، وللحنبلية في المذهب[٣]، فإن قولهم بأن المفقود محكوم له بالحياة قبل الحكم بموته يفيد أنه كان حياً حكماً وقت ممات الموصي، وهذا يقتضي أن ينتقل حق قبول الوصية أوردها لورثة المفقود[٤].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٥. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١٢. الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. الوسيط للغزالي: ٤/ ٣٦٧. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٥.

(٣) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٢٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٧. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨.

(٤) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٨٧ ـ ٨٨. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ١٣٦. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٦/ ٤٧٦ ـ ٤٧٧.

الفصل الرابع
ظهور المفقود وأثر ذلك على زوجته وأمواله

* تمهيد:

إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد انقضاء مدة الانتظار المحددة لذلك، فإن هذا الحكم ـ وكما مر ـ لا يستند إلى دليل قطعي إنما يبنى على الظن الغالب، ولهذا قد يتبين فيما بعد خلاف ذلك الظن، ويظهر أن من حكم بموته مازال حياً، فإذا عاد المفقود، أو ظهر أنه حي، فإن هذا الوضع الجديد تترتب عليه أحكام وآثار جديدة، فما أثر ذلك على زوجته وأمواله؟

للإجابة عن هذا سأبحث أثر عودة المفقود وظهوره حياً على زوجته وأمواله في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول
عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على زوجته

يترتب على عودة المفقود أو ثبوت حياته بعد أن حكم القاضي بموته أن ينقض هذا الحكم، فما أثر بطلان هذا الحكم على زوجته؟ وما حكم التفريق المترتب على الحكم بموته؟ وما أثر ذلك على نكاحها غيره؟

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على بقاء زوجية المفقود إذا عاد قبل أن يضرب القاضي له أجلاً للحكم بموته، أو خلال مدة الأجل، أو أثناء مدة العدة بعد الحكم بموته، وينقض الحكم بموتـه وتبقى الزوجـة في عصمتـه ما لم يكن

القاضي قد حكم بفسخ نكاحه لسبب آخر(١).

بل إن زوجة المفقود إذا تزوجت في الأحوال السابقة، فإن نكاحها باطل، ويفرق بينها وبين زوجها الآخر(٢)، وترد إلى زوجها الأول، فقد ثبت أنها تزوجت وهي منكوحة، والمشغولة بالزوجية يحرم نكاحها؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[النساء: ٢٤]. ولذلك لا يستقيم تركها مع الثاني وهي زوجة الأول، ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الثاني كونها معتدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

وأحقية المفقود بزوجته عند عودته في الصور السابقة هي محل اتفاق بين الفقهاء، إلا أن الخلاف يظهر في حق المفقود بزوجته إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته وانقضاء العدة، سواء قبل نكاحها غيره أم بعده، وسأبحث تفصيل ذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

* * *

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٩. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٣٥. التاج المذهب للصنعاني: ٢/ ١٣. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣١١.

(٢) ينظر: فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٠٨. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ٩٨. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٢ ـ ١٣. الوسيط للغزالي: ٥/ ٥١. الإقناع للشربيني: ٢/ ٤١١. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٥٠. المحلى لابن حزم: ٩/ ٦٨. وقد نص المالكية على أن المرأة إذا نكحت في عدتها فرق بينهما، ويتأبد تحريمها عليه بتلذذه بها أو بوطئها. ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٣٩.

*** المطلب الأول ـ ظهور المفقود حياً بعد انقضاء الأجل والعدة وقبل نكاح زوجته من غيره:**

اختلف الفقهاء في حكم زوجية المفقود وحقه في إعادة زوجته إليه إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته وانقضاء العدة وقبل أن تتزوج من غيره على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أحقية الزوج بامرأته؛ لأن الزوجية ما تزال قائمة وتعود زوجته إليه دون حاجة إلى عقد أو مهر جديدين(١).

وحجة الفقهاء لهذا القول أن الحكم بموت المفقود، ومن ثم إباحة الزواج لامرأته بني على ما ظهر من غلبة الظن بموته، فلما ثبت خلاف ذلك الظاهر بعودته حياً فقد تبين خطأ الحكم وصار كأن لم يكن، ولا يترتب على هذا الحكم الذي شهد الواقع بخلافه حَل عقد الزوجية بين المفقود وزوجته، قياساً على ما إذا شهدت البينة بموته ثم ظهر حياً. ثم إن المفقود إذا عاد فوجد ماله يقسم كان أحق به، فكذا زوجته من باب أولى؛ لأن النكاح أحد المِلْكين(٢).

وهذا عند من قال بانحلال الزوجية نتيجة الحكم بموته بعد انقضاء مدة التربص، أما على القول بعدم التفريق بين المفقود وزوجته حتى يثبت طلاقه أو موته بيقين، فظاهر أنها تبقى على عصمته لعدم انحلال الزوجية أصلاً(٣).

---

(١) الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٦٠. القوانين الفقهية لابن جزي: ١٤٤. حاشية العدوي: ٢/ ٩٥. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. الاستذكار لابن عبد البر: ١٧/ ٣٠٥. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٥ ـ ٢٥٦. تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ١٦٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠. زاد المستقنع لأبي النجا الحنبلي: ٢٠٥.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. وينظر: المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٢٩.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣١١. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. الأم =

القول الثاني: ذهب المالكية في قول ضعيف، والشافعية في أحد الأقوال البعيدة في القديم، والإمامية في أشهر الروايتين عندهم[1] إلى إمضاء حكم التفريق، فإذا ضُربت لها المدة، وحُكم بموته بطَل نكاحه ولا سبيل له إليها في حال عودته.

وقول الجمهور أولى بالاختيار؛ لأن عودة المفقود توجب نقض الحكم المبني على غلبة الظن، وبالتالي نقض ما ترتب عليه من فرقة، سيما وأن المرأة في هذه الحالة لم يتعلق بها حق للغير؛ ولأن حكم التفريق ينفذ في الظاهر، أما الباطن فموقوف حتى ينكشف حال المفقود، وقد انكشف بعودته مما يحول دون إنفاذ الحكم باطناً.

ولكن ما حكم الولد الذي تحمل به زوجة المفقود، أو تلده بعد انقضاء مدة الانتظار والحكم بموته دون أن تتزوج؟ هل يلحق هذا الولد بالمفقود؟

بحث الشافعية هذه المسألة واختلفوا فيها على قولين[2]:

الأول: يلحق الحمل أو الولد بالمفقود؛ لأن زوجته إذا لم تصر فراشاً لغيره فإنها تظل باقية على حكم فراشه.

الثاني: لا يلحق بالمفقود؛ لأن غياب الأخير وانقطاع أخباره ينفي احتمال

= للشافعي: ٥/ ٢٥٥ ـ ٢٥٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣١٦. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥. مفتاح الكرامة للعاملي: ٨/ ٩٢ ـ ٩٦.

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد: ١/ ٥٢٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ١٦٠. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣١١. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨. الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٨.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠ ـ ٣٨١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠١. حاشية الشرواني: ٨/ ٢٥٤.

لقائه بزوجته، وهذا القول هو الأصح في المذهب، فإذا حملت زوجته أو أتت بولد وادعت أنه من زوجها المفقود فلا تصدق في دعواها؛ لأن الولد لا يمكن أن يبقى في رحم المرأة أكثر من أربع سنين؛ لأنها أقصى مدة الحمل عند الشافعية[(١)]، ومن باب أولى أن لا يلحق هذا الولد بالمفقود عند الحنفية والحنابلة الذين قالوا بأن أقصى مدة الحمل عامان[(٢)].

فإذا عاد المفقود بعد تلك المدة وقال: هو ولدي ولدته زوجتي على فراشي، فلا يلتفت إلى دعواه؛ لتحقق براءة الرحم بمضي المدة المذكورة، إلا أن يدعي عودته خلال السنوات الأربع وأنه قام بوطئها، فإن كان قوله ممكناً عرض الولد على القائف في وجه، وفي الوجه الآخر يعرض الولد على القائف دون سؤال أو بحث[(٣)].

وبناءً على ذلك، فإن الحمل أو الولد لا يلحق بالمفقود إلا إذا أتت به زوجته خلال المدة التي حددها الفقهاء كأقصى مدة للحمل، وتبدأ هذه المدة بعد آخر لقاء لها معه، اللهم إلا أن يخرَّج ذلك على قول الحنفية الذين اكتفوا لإلحاق النسب قيام الفراش والتصور والإمكان العقلي للدخول، ومثلوا لذلك بأن يتزوج مشرقي بمغربية بينهما مسيرة سنة، فإذا أتت بولد فإن النسب يثبت وإن لم يوجد الدخول حقيقة؛ لوجود سببه وهو النكاح، «وما ذاك [كما يعلل ابن

---

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٦١. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٣٩٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٤٠. العناية للبابرتي: ٤/ ٣٦٢. المغني لابن قدامة: ٨/ ٩٨.
وقد نص الحنابلة على إلحاق الولد بالزوج الغائب وإن طالت غيبته فوق أربع سنين، وفي رواية وإن طالت عشرين سنة إذا أمكن أن يكون ذلك الولد منه وهو أن تأتي به مثلاً بعد ستة أشهر مذ أمكنه الاجتماع بها في تلك الغيبة. ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٠٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٤٧.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩.

عابدين رحمه الله] إلا لكون النسب مما يحتال في إثباته ما أمكن ولو توهماً إقامة للعقد مقام الوطء، كالخلوة الموجبة للعدة»[1].

والأولى في مثل هذه الحالات أن يعتمد على ما توصل إليه العلم الحديث من تحليل للحمض النووي الذي يظهر بدقة حقيقة نسبة هذا الولد من ذلك الزوج أو من غيره، وإذا كان الفقهاء الأجلاء ـ رحمهم الله ـ قد اعتمدوا على القيافة لإثبات النسب، وهي دليل ظني في مثل هذه المسألة، أفلا يصار إلى الاعتماد على ما هو أدق منها في ذلك؟ خاصة وأن التطور الكبير في البحث قد توصل إلى تحديد هوية الإنسان المتوفى من خلال تحليل ما بقي من رفاته.

* * *

*** المطلب الثاني ـ ظهور المفقود حياً بعد عقد الثاني على زوجته وقبل الدخول:**

إذا عاد المفقود بعد انتهاء مدة الأجل والعدة وكانت زوجته قد عقدت نكاحها على غيره، ولكن قبل أن يدخل الأخير بها، فهل يملك المفقود أن يعيدها إلى عصمته أم أن العقد الثاني يحول دون ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١ ـ **القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج الأول أحق بها وينقطع نكاح الثاني[2].

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤١٣. وينظر لقول الحنفية أيضاً: بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٦٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٩.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧. حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٩٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. حاشية العدوي: ٢/ ٩٥. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣١٩. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. الكافي في فقه أهل المدينة =

٢ ـ **القول الثاني**: ذهب الحنفية في قول[1]، ومالك في قوله القديم[2]، والإمامية في قول[3]، إلى أن الزوجة تكون للثاني ولا سبيل للمفقود إليها.

٣ ـ **القول الثالث**: ذهب المالكية في قول بعيد، والحنابلة في رواية إلى تخيير المفقود بين زوجته وبين الصداق، وقد أخذ الحنابلة ذلك من عموم كلام أحمد في التخيير، إلا أن الصحيح في المذهب أنه لا تخيير قبل دخول الثاني[4].

= لابن عبد البر: ٢٦٠. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ١٦٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. الروض المربع للبهوتي: ٣/ ٢١٢. شرائع الإسلام للحلي: ٣/ ٢٨. التاج المذهب للصنعاني: ٢/ ١٤ ـ ١٥. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥.

(١) تعددت الأقوال عند الحنفية في عودة زوجة المفقود إليه إن ظهرت حياته، فقد جاء في الفتاوى الهندية أن المفقود أحق بزوجته إذا عاد بعد مضي المدة، وإن وجدها تزوجت فلا سبيل له إليها، ونقل ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عن بعض مشايخ الحنفية أن زوجته له والأولاد للثاني، وجاء في المبسوط أيضاً أن الحنفية يأخذون بقول علي رضي الله عنه في هذه المسألة، أي يقولون بعودتها للمفقود إذا ظهرت حياته؛ لأنه تبين أنها تزوجت وهي متزوجة، وهذا يفيد أن زوجة المفقود تعود إليه سواء تزوجت غيره أم لا، وسواء أدخل الأخير بها أم لم يدخل، وهذا القول يتفق مع ما هو مقرر في مذهب الحنفية من عدم التفريق بين المفقود وزوجته واستمرار الزوجية ووجوب انتظارها حتى يأتيها يقين وفاته أو طلاقه لها. ينظر: الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧.

(٢) كان الإمام مالك ـ رحمه الله ـ يرى في امرأة المفقود أنها إذا تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل الثاني بها أم لم يدخل، فلا سبيل للأول إليها، غير أنه رجع عن ذلك قبل موته بعام، وقال بأن المفقود أحق بها ما لم يدخل بها زوجها الثاني. ينظر: المدونة الكبرى: ٢/ ٣٠. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧.

(٣) الروضة البهية للشهيد الثاني: ٦/ ٦٨.

(٤) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٣٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. =

الأدلـــة:

١ ـ أدلة القول الأول: استدل القائلون بأحقية المفقود بزوجته إذا عاد بعد عقد الثاني عليها وقبل الدخول، بأن النكاح صح في الظاهر دون الباطن، بناءً على أن حكم القاضي بالتفريق ينفذ ظاهراً فقط، أما الباطن فموقوف، فإذا ظهر المفقود فقد تبين بطلان التفريق، وبالتالي يبطل النكاح؛ لأنه صادف امرأة ذات زوج، وقياساً على بطلانه إذا شهدت البينة بموته ثم بان حياً(١).

٢ ـ أدلة القول الثاني: استدل القائلون بفوات الزوجة على المفقود بعقد نكاحها على غيره وإن عاد قبل أن يدخل هذا الأخير بها بالآثار الواردة عن عمر رضي الله عنه وهي:

أ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر ثم تحل»(٢).

وجه الدلالة في قوله: «ثم تحل». أي ترجع زوجة المفقود واحدة ممن أحل الله الزواج بهن بعد أن كانت محرمة على سائر الناس؛ لانشغالها بالزوجية، فيحل لها أن تتزوج من تشاء، فإذا عقد الثاني عليها، فلا سبيل للأول إليها سواء أدخل الثاني بها أم لا.

يقول الإمام مالك ـ رحمه الله ـ بعد أن أورد قول عمر رضي الله عنه: «ثم تحل»: «وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أم لم يدخل فلا سبيل لزوجها الأول إليها»(٣).

= المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ٣٠. الكافي لابن قدامة: ٣/ ٣١٤.

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠.

(٢) الموطأ، كتاب الطلاق، باب التي تفقد زوجها رقم /٥٢/، وقد سبق تخريجه.

(٣) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥٠.

ب ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه في شأن المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم يراجعها فلا يَبْلُغها رجعته، وقد بلغها طلاقه إياها فتتزوج، أنه قال فيها: «إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إليها»(١).

وجه الدلالة: يستفاد من حكم عمر رضي الله عنه بفوات الزوجة على الغائب وأنها للثاني وإن لم يدخل بها؛ لأن عقد النكاح تم بعد بلوغها خبر طلاقه إياها، فيستمر صحيحاً وإن تبين فيما بعد أن هذا العقد تم بعد مراجعته لها دون أن يبلغها ذلك، وتعد الرجعة لاغية، فتقاس حالة المفقود على الحالة السابقة، أي تفوت زوجة المفقود عليه بنكاحها غيره وإن لم يدخل بها؛ لأنه عقد عليها بعد الحكم بموت زوجها الأول، ويستمر نكاحها من الثاني صحيحاً وإن تبين فيما بعد أن المفقود كان حياً ساعة نكاحها عقد الثاني عليها، أي أن النكاح لمَّا انعقد صحيحاً بناءً على خلو زوجة الغائب عن النكاح ببلوغها خبر طلاق زوجها لها، فلا أثر لما ثبت فيما بعد من عدم حليتها ساعة العقد ما دامت كانت حلالاً ساعة انعقاده، وكذا في حالة المفقود، فما دام العقد صادف محلاً صالحاً خالياً من النكاح بناءً على الحكم بموت الزوج المفقود مع احتمال حياته، فلا أثر لعودة المفقود التي تظهر أن عقد نكاحها على الثاني تم وهي في عصمة الأول(٢).

يقول الإمام مالك بعد أن ذكر الأثر السابق لعمر رضي الله عنه: «وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا وفي المفقود»(٣).

---

(١) الموطأ للإمام مالك، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها: ٢/ ٤٥٠ ـ ٤٥١.

(٢) ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧. الفروق للقرافي: ٣/ ١٣٠.

(٣) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥١. شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٨.

٣ ـ **أدلة القول الثالث**: استدل القائلون بتخيير المفقود بين زوجته وصداقها إذا جاء قبل دخول الثاني بها بالقياس على من استحق سلعة وهي قائمة بيد مشترٍ آخر غيره، فهو بالخيار، إن شاء أخذ سلعته وإن شاء أن أخذ ثمنها[1].

المناقشة والقول المختار:

اعترض الجمهور على استدلال المالكية بما جاء من آثار عن عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود، وفي شأن المرأة يطلقها زوجها وهو غائب بما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه رجع عن قوله في هاتين القصتين إلى قول علي رضي الله عنه، حيث عدل عن قوله في امرأة المفقود بتربصها أربع سنين، إلى القول بأنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق، وأما في شأن المرأة التي يطلقها زوجها وهو غائب، فقد عدل عن قوله بعدم صحة مراجعة الزوجة دون علمها وفواتها عليه إذا تزوجت غيره بناءً على طلاقه إياها، إلى القول بأن مراجعته إياها بغير علمها صحيحة، وهي زوجته سواء أدخل الثاني بها أم لم يدخل؛ لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق، فكما يصح إيقاع الطلاق منه وإن لم تعلم به، فكذلك تصح رجعتها، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[البقرة: ٢٢٨]. ومؤدى أحقيته بالرد أن يستبد بهذا الحق، ولما كانت الرجعة إمساكاً[2] بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾[البقرة: ٢٢٩]. فإن المالك ينفرد بإمساك ملكه دون حاجة إلى إعلام غيره.

أما المالكية فقد اعترضوا على صحة القياس على السلعة؛ بأن صاحب السلعة يملك أن يبيعها ويأخذ ثمنها، أما الزوجة، فليس للزوج أن يزوجها،

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٣٠.

(٢) ينظر: تفسير الخازن: ١/ ١٥٥.

وليس له أن يجيز زواجها ويأخذ الصداق[١].

ولم أجد ثمة اعتراضات على أدلة الجمهور، وبناءً على ذلك يصل الباحث إلى اختيار القول بأن المفقود أحق بزوجته؛ لبطلان حكم الموت بظهوره على قيد الحياة، أما النكاح الثاني فغاية ما يقال فيه أنه لا يخرج عن كونه نكاحاً طرأ على عقد نكاح صحيح نتيجة اجتهاد تبين خطؤه، مما يبطل هذا العقد وترجع زوجة المفقود إليه بالعقد الأول كما لو لم تتزوج ولا صداق على الزوج الثاني؛ لأنه نكاح فاسد لا دخول فيه.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن زوجة المفقود إذا حملت بعد عقد الثاني عليها وقبل دخوله أو خلوته بها، فإن هذا الحمل لا يلحق به؛ لأن من شروط إلحاق النسب أن يتحقق إمكان الوطء بين الزوجين، فإن كان اختلى بها، فلا يلحق به إلا عند المالكية الذين جعلوا الخلوة في النكاح الفاسد كالخلوة في النكاح الصحيح؛ لإمكان الوطء في كل منهما[٢]، وإذا لم يلحَق الولد بالثاني، فهل يلحق بالمفقود؟

أقول: إن حكم الولد أو الحمل هنا كحكم الولد الذي تجيء به زوجة المفقود بعد انقضاء مدة التربص والحكم بموته دون أن تتزوج، وقد مر بيان ذلك في المطلب السابق.

* * *

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد «الجد»: ١/ ٥٣٠.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٣٣٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٢/ ٣٣٥، ٦/ ٢٤٣. المدونة الكبرى: ٢/ ٢٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٠٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ٦٤.

*** المطلب الثالث ـ ظهور المفقود حياً بعد نكاح زوجته ودخول الثاني بها:**

إذا ظهرت حياة المفقود أو عاد بعد انقضاء مدة الانتظار والعدة، وكانت زوجته قد نكحت غيره ودخل الأخير بها، فهل يملك المفقود المطالبة بزوجته فتعود إليه أم تفوت عليه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية في قول، والمالكية في حال دخول الثاني مع علمه بمجيء المفقود وحياته أو عقده عليها في عدتها من وفاة الأول، والشافعية في الجديد الأظهر، وفي القديم على القول بنفاذ الحكم في الظاهر فقط، والحنابلة في رواية، والزيدية في قول(١)، إلى أن المفقود أحق بزوجته من الزوج الثاني.

القول الثاني: ذهب الحنفية في قول، والمالكية في حالة عقد الثاني عليها بعد انتهاء عدتها ودخوله بها غير عالم بمجيء المفقود وحياته، والشافعية في القديم، والحنابلة في رواية(٢) على القول بنفاذ الحكم في الظاهر والباطن،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي: ٤/ ١٥١. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٦٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨ ـ ٩٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ٢/ ١٠٦. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥. التاج المذهب للصنعاني: ٢/ ١٤ ـ ١٥.

(٢) الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٠. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٧. الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٤/ ٤٨٠. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣٢٠ ـ ٣٢١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ١٦٠. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ٢/ ١٠٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. تحرير الوسيلة للخميني: ٢/ ٣٠٠. الروضة البهية للعاملي: ٦/ ٦٨. وثمة قول عند المالكية ذهبوا فيه إلى أن زوجة المفقود تفوت عليه بعد عقد الثاني عليها وخلوته بها خلوة توجب العدة. ينظر: المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣.

والإمامية، إلى أن الزوجة تفوت على المفقود ويستمر نكاحها من الثاني صحيحاً.

القول الثالث: ذهب الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ في رواية عنه في القديم، والحنابلة في المذهب، والزيدية في قول، والإباضية(١)، إلى تخيير المفقود بين زوجته وبين صداقها، فإن اختارها كانت زوجته بالعقد الأول، وإن اختار صداقها كانت زوجة الثاني.

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل القائلون بأن المفقود أحق بزوجته من الزوج الثاني وإن دخل الأخير بها بالأدلة الآتية:

أ ـ إن عودة المفقود وظهوره حياً تثبت أن المرأة تزوجت وهي ذات زوج، ومنكوحة الغير ليست من النساء اللاتي أحل الله نكاحهن، بل هي محرمة على سائر الناس؛ لانشغالها بالزوجية لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[النساء: ٢٤].

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠. شرح المحلي على المنهاج: ٤/ ٥٢. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠. الروض المربع للبهوتي: ٣/ ٢١٢. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٦٥ ـ ٦٦. ونقل الحنابلة قولاً آخر في المذهب جعلوا فيه التخيير للمرأة، فتختار الأول أو الثاني وأيهما اختارته ردت على الآخر ما أخذته منه. ينظر: الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٤٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. وقد نقل عبد الرزاق في مصنفه قولاً آخر لعمر رضي الله عنه، ذهب فيه إلى تخيير المفقود عند عودته بين أن ترد زوجته إليه، أو أن يزوجه غيرها، وقد حكم ابن حزم على هذه الرواية بالصحة. ينظر: المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢١. كنز العمال، رقم: ٢٨٠٢٦. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٥. وينظر موسوعة فقه عمر بن الخطاب لقلعة جي: ٧٨٨.

فكيف يستقيم تركها مع الثاني وإن دخل بها[1]؟ وهل يلغي دخول الثاني حقيقة كونها في عصمة الغير ساعة العقد؟!

ب ـ إن الحكم بموت المفقود ينفذ في الظاهر دون الباطن، وهذا يقتضي القول بأن عودة المفقود تُظهر أن الحكم قام على أساسٍ تَبَيَّن بطلانه، فصار كمن حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه، ولما كان القضاء مظهراً لا مثبتاً فقد اقتضى ذلك نقض الحكم كأن لم يكن، وترجع الزوجة إلى زوجها الأول[2]، سيما وقد ثبت لدينا مخالفة الباطن للظاهر. بل وإن قيل إن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ، فإن هذا الكلام لا يجري على إطلاقه؛ لأن الحنفية اشترطوا لذلك قابلية المحل للإنشاء فيه، فلا يجعل الحكم منشئاً إلا إذا كان مما يمكن القاضي أن ينشىء العقد فيه[3]، وهذا الشرط منتف في حالة المفقود العائد، إذ تبين بعودته أن المحل كان غير قابل للإنشاء مما يفيد أن الحكم كان نافذاً في الظاهر فقط، وبظهور حياة المفقود انخرم هذا الظاهر.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بأحقية الزوج الثاني بها وفواتها على المفقود بما يأتي:

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٣٥ ـ ٤١٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠.

(٣) قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة دون الصاحبين إذا كان المحل صالحاً، فإذا كانت المرأة مثلاً ذات زوج، أو في عدة منه، وحكم القاضي بنكاحها بعد أن أقام الرجل البينة على أنها زوجته، فإن حكمه لا ينفذ؛ لأنه لا يقدر على الإنشاء في هذه الحالة. ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/ ١١٥، ٤/ ١٩٠. حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٢، ٥/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦. المبسوط للسرخسي: ١٦/ ١٨٢. بدائع الصنائع للكاساني: ٧/ ١٥. فتح القدير لابن الهمام: ٣/ ٢٥٣، ٣١٦. البحر الرائق لابن نجيم: ٣/ ١١٦، ٧/ ١٤ ـ ١٥.

أ ـ القياس على ذات الوليين[١]، فإذا كان للفتاة وليان وزوَّجها كلٌّ منهما رجلاً في وقتين مختلفين، فإنها تفوت على الزوج الأول عند تلذذ الثاني بها غير عالم بنكاحها إن لم تكن في عدة وفاة، وكذلك هنا فإن الزوجة تفوت على المفقود وتكون لزوجها الأخير إن دخل بها غير عالم بمجيء المفقود وحياته؛ لأن دخوله في هذه الصورة يعد صحيحاً، فقد أقدم عليه وهو يعتقد حل الزوجة له؛ كونها غير محصنة أو معتدة.

ب ـ إن حكم القاضي بالتفريق ينفذ ظاهراً وباطناً، وهذا يقتضي ارتفاع نكاح المفقود، كالفسخ للإعسار، فإذا تزوجت امرأة المفقود بعد الحكم بالتفريق ودخل الثاني بها، فقد بانت من زوجها الأول بدخول الثاني وحكم الحاكم، ويتعين تركها مع الثاني لعدم الإضرار بها؛ ولأن الحكم أباح لها النكاح[٢].

ج ـ إن الحكم بموت المفقود استند إلى اجتهاد الحاكم بثبوت فقده، فإذا عاد الأول بعد دخول الثاني فلا أثر لمجيئه؛ لأن ظهوره حياً لا يثبت الخطأ فيما استند القاضي إليه، أي لا ينفي حالة الفقدان السابقة[٣].

د ـ ويمكن أن يستدل لهذا القول بالقياس بالأولى على القول بفوات الزوجة على المفقود بعقد الثاني وإن لم يدخل، وبالتالي فإن أدلتهم هناك تصلح أدلة لهذا القول، وهذا يتجلى بوضوح عند الإمام مالك في قوله القديم، فقد أورد أثر عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود ثم قال: «وإن تزوجت بعد

---

(١) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٥. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤١.

(٢) ينظر: روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/ ١٦٠.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨١.

انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها»[١].

و ـ ويبدو أن ثمة آثاراً أخرى استند المالكية إليها تدل على فوات الزوجة على المفقود بعد دخول الثاني بها، غير أنهم لم ينقلوها في كتبهم، يقول ابن عبد البر[٢] مبيناً سبب عدول الإمام مالك ـ رحمه الله ـ عن قوله الأول واستقرار المذهب على فوات الزوجة على الأول بدخول الثاني: «وهو أصح من طريق الأثر، وليست مسألة نظر؛ لأنها مسألة قلَّدْنا فيها عمر رضي الله عنه»[٣].

أدلة القول الثالث: استدل القائلون بتخيير المفقود بين إمساك زوجته وبين تركها للثاني، إذا رجع بعد العقد على زوجته ودخول الثاني بها بالأدلة الآتية:

أ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه في خبر الذي استهوته الجن بعد أن عاد ووجد أن زوجته قد نكحت غيره، أنه خيره بينها وبين الصداق[٤].

---

(١) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥٠.

(٢) **ابن عبد البرّ**: يوسف بن عبدالله، ولد بقرطبة سنة ٣٣٨هـ، فقيه مالكي، محدِّث، مؤرخ، أديب، تولى القضاء، له كتب كثيرة منها: الاستيعاب في معرفة الأصحاب والكافي في فقه أهل المدينة، توفي في شاطبة بالأندلس سنة ٤٦٣هـ. سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٨/ ١٥٣.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٦٠. وينظر: شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في امرأة المفقود، من قال ليس لها أن تزوج: ٣/ ٥٢٢. وسعيد بن منصور في السنن، باب الحكم في امرأة المفقود، رقم: ١٧٥٤. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٠. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق، رقم: ١٥٣٤٧. وقد ذكر ابن حجر ـ رحمه الله ـ أن السند عند ابن أبي شيبة منقطع، وقال: أخرجه عبد الرزاق من طريق مجاهد ومن طريق عبد الرحمن، وذكر القصة مطولة، ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/ ٤٢.

ب ـ ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، أنهما قضيا في المفقود، أن امرأته[١] تتربص أربع سنين وأربعة أشهر بعد ذلك ثم تتزوج، فإن جاء زوجها الأول خُيّر بين الصداق وبين امرأته، وهذا ما قضى به ابن الزبير أيضاً في التي ينعى إليها زوجها فتتزوج ثم يجيء زوجها الأول[٢].

ج ـ ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا جاء الأول خير بين الصداق وبين امرأته»[٣].

وقد نقلت كتب الآثار حكم التخيير عن كثير من التابعين وذكر ابن حجر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٣/ ٥٢٢. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ٢٣١٧. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق، رقم: ١٥٣٤٨.

(٢) وأثر عمر وعثمان رضي الله عنهما، أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب ورجال هذا السند ثقات، فمعمر إمام حافظ وثقه كثير من علماء الحديث، وقالوا: هو أثبت الناس في الزهري، ومع كونه ثقة ثبتاً إلا أن له أوهاماً عندما قدم البصرة وحدث من حفظه، والزهري إمام علم حافظ زمانه، قال فيه الإمام أحمد: الزهري أحسن الناس حديثاً وأجود الناس إسناداً، أما ابن المسيب فهو الإمام العلم، عالم أهل المدينة وسيد التابعين، روى عن عمر وعثمان وعلي وسعد وغيرهم، وهذا يفيد صحة الأثر المروي عن عمر وعثمان، ولا يضره ما قيل في معمر بأن له أوهاماً، لورود الأثر بأسانيد أخرى تؤكد أن عمر قضى بالتخيير. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/ ٢١٧، ٥/ ٣٢٦، ٧/ ٥. تهذيب التهذيب لابن حجر: ٤/ ٧٤. تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: ١/ ١٠٩. معرفة الثقاة للعجلي الكوفي: ١/ ٤٠٥. طبقات الحفاظ للسيوطي: ٥٠.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود. . ، رقم: ١٥٣٥١. وقد طعن البيهقي بهذه الرواية وقال: «رواية خلاّس عن علي ضعيفة، وأبو المليح لم يسمعه من علي رضي الله عنه».

ـ رحمه الله ـ أن أكثرهم اتفق على أنها إن تزوجت فجاء الأول، خير بين زوجته وبين الصداق[١]، بل ذهب الحنابلة إلى القول بانعقاد الإجماع على هذا الرأي، حيث أوردوا أقوال الصحابة في ذلك وقالوا: «ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً»[٢].

المناقشة والقول المختار:

١ ـ اعترض ابن حزم ـ رحمه الله ـ على استدلال المالكية بأنه استدلال فاسد، وتفصيل ذلك أن المالكية يقولون بأن الزوج إذا جاء ووجد زوجته قد عقدت نكاحها على غيره إلا أن الثاني لم يدخل بها فهي زوجة الأول، وإن جاء بعد دخول الثاني بها فلا سبيل للأول عليها، فيقال لهم: هل دخل الزوج الثاني على زوجته أم على أجنبية؟ فإن قالوا على زوجته، فيقال لهم: كيف تبيحون فرج زوجته التي أحللتم له الدخول بها وإن لم يدخل، للزوج الأول الذي فسختم نكاحه منها وحرمتموها عليه بدليل عقد نكاحها على غيره، إذا جاء قبل أن يدخل الثاني الذي أبحتم له الدخول بها؟ وإن قالوا: بل دخل على غير زوجته، فيقال لهم: وكيف أبحتم له وطء غير زوجته؟[٣].

٢ ـ رد الإمام مالك ـ رحمه الله ـ الأثر الوارد عن عمر في التخيير، وقال: «أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته»[٤].

---

(١) فتح الباري لابن حجر: ٩/ ٥٣٨.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨. وينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠.

(٣) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٤) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥٠. وينظر: الاستذكار لابن عبد البر: ١٧/ ٣٠٣.

وقد أجاب الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ عن ذلك بأن هناك من ينكر قصة عمر في المفقود من أصلها ويقول هذا لا يشبه أن يكون من قضاء عمر، فهل كانت الحجة عليه، إلا أن الثقات لا يتهمون في رواياتهم؟ فكذلك الحجة على الإمام مالك قول الثقات ورواياتهم، إذ لا يجوز أن يروي الثقات حديثاً واحداً عن عمر رضي الله عنه، فنأخذ بعضه ونترك بعضه[١].

ورد ابن حزم إنكار المالكية رواية التخيير، بأنه صح عن عمر تخيير المفقود عند عودته بين الصداق وبين زوجته، فكيف يقلد المالكية الصحابة في بعض هذه القضية، ويخالفونهم فيها نفسها، يقول ابن حزم: «فلا ندري من أين وقع لهم تقليد بعض ما روي عن عمر رضي الله عنه دون سائر ماروي عنه بلا برهان أصلاً»[٢].

وأجاب المالكية على ما أورد على قول مالك ـ رحمه الله ـ بأن قوله يحتمل وجهين[٣]:

الأول: إن ما جاء عن عمر رضي الله عنه صحيح غير أن الناس ينكرون العمل به؛ لأن من دخل بزوجته ثم طرأ ما يوجب الفرقة بينهما، فلا حق له في المهر الذي تأكد بدخوله، ولا أثر لهذا الإنكار على ما نقله المالكية من الإجماع على مذهب عمر في هذه المسألة؛ لأن الإجماع انعقد على ضرب الأجل للمرأة، وأن تعتد بعدها، ثم تباح للأزواج.

الثاني: إن مالكاً ـ رحمه الله ـ لم ينكر أصل الرواية، إنما أنكر زيادة التخيير التي جاءت في بعض الروايات من طريق معمر عن الزهري، ومعمر روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه، وهم في كثير منها، وقد تنكر

---

(١) الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠. وينظر: سنن البيهقي: ٧/ ٤٤٦.

(٢) المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٦. وينظر: إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٧.

(٣) المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣. ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٥٧.

الرواية على الثقة إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ. فالمالكية إذاً لم يأخذوا ببعض ما روي عن عمر ويتركوا بعضه، إنما أخذوا بما ثبت لديهم يقيناً عنه، أما الزيادة على الرواية الثابتة، والتي تضمنت تخيير الزوج بين امرأته والصداق فلم يأخذوا بها، لعدم ثبوتها عندهم، وعلى التسليم بصحتها فغاية ما يقال فيها ـ حسبما يرون ـ أنها رأي لعمر رضي الله عنه خالفه فيه غيره من الصحابة، وهذا ما دعاهم إلى عدم العمل بها، فليس ثمة تناقض بين أخذ المالكية بقول عمر في ضرب الأجل والعدة وإباحة الزواج، وعدم أخذهم بالزيادة الواردة عنه بالتخيير؛ لأن الأول ثابت عن الصحابة وانعقد الإجماع عليه، خلافاً للزيادة التي لم تثبت روايتها فضلاً عن مخالفتها المعقول.

٣ ـ اعترض بعض المتأخرين من أصحاب الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ على مذهب عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود بأنه يخالف القياس؛ لأن القياس يقتضي أنها زوجة المفقود بكل حال، بل ثمة روايات في المذهب تنص على وجوب نقض حكم القاضي إذا حكم القاضي بقول عمر لبعده عن القياس[١].

وقد علق ابن تيمية[٢] وابن القيم[٣] على ذلك بأن من خالف عمر رضي الله عنه

---

(١) الفتاوى لابن تيمية: ٢/ ٥٧٧. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٧. وينظر: الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. المحرر لعبد السلام بن تيمية: ٢/ ١٠٦.

(٢) ابن تيمية: (٦٦١ ـ ٧٢٨هـ = ١٢٦٣ ـ ١٣٢٨م)، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبدالله النميري الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية، الإمام، شيخ الإسلام، ولد في حران، وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر، ثم انتقل إلى مصر وسجن فيها، ثم عاد إلى دمشق، وسجن فيها أيضاً ثم أطلق، ثم سجن حتى مات معتقلاً في قلعة دمشق. كان داعية إصلاح. تزيد تصانيفه على أربعة آلاف كراسة، منها: السياسة الشرعية والفتاوى ومنهاج السنة. الأعلام للزركلي: ١/ ١٤٤. الدرر الكامنة لابن حجر: ١/ ١٤٤ ـ ١٦٠.

(٣) ابن القيم: (٦٩١ ـ ٧٥١هـ)، محمد بن أبي بكر، الدمشقي، ولد سنة ٦٩١هـ بدمشق، =

لم يهتد إلى ما اهتدى إليه عمر، وليس له خبرة بالقياس الصحيح مثل خبرة عمر رضي الله عنه، فقد بنى حكمه في هذه المسألة على أصل شرعي وهو وقف العقود[١].

وخلاصته أن الرجل إذا قام بالتصرف في حق غيره، فهل يصح تصرفه، أم يقع باطلاً، أم موقوفاً على إجازة صاحب الحق؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، فذهب الحنفية والمالكية، والشافعي في القديم، والحنابلة في رواية[٢]، إلى أن هذا التصرف ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق، فإن أجازه صح وإلا فهو باطل، وذهب الشافعية في الجديد الأصح، والحنابلة في روايتهم الثانية[٣] إلى بطلانه مطلقاً، وهذا في مسائل النكاح والبيع والإجارة وغيرها.

وللحنبلية تفصيل في ذلك، فإذا كان المتصرف معذوراً؛ لتعذر استئذانه من صاحب الحق ودعت الحاجة إلى التصرف، فإن التصرف ينعقد موقوفاً بلا

= فقيه حنبلي، تتلمذ على ابن تيمية، وانتصر له ولم يخرج عن شيء من أقواله، وسجن معه في دمشق، من كتبه: الطرق الحكمية، زاد المعاد، توفي سنة ٧٥١هـ. مدارج السالكين. الأعلام للزركلي: ٦/ ٥٦. شذرات الذهب لابن العماد: ١/ ٢٨٧.

(١) الفتاوى لابن تيمية: ٢/ ٥٧٧. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٧.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم: ٦/ ١٦٠ ـ ١٦١. بدائع الصنائع للكاساني: ٥/ ١٤٧. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ٥٠ ـ ٥٥. تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٠٣: التاج والإكليل للمواق: ٦/ ٧٥. حاشية الصاوي: ٢/ ٥٤٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ١٨. أسنى المطالب للأنصاري: ٢/ ١٠. روضة الطالبين للنووي: ٣/ ١٧. الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٨٥ ـ ٢٨٦. الإنصاف للمرداوي: ٤/ ٢٨٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٤/ ٣٦ ـ ٣٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني: ٢/ ٣٥٠. نهاية المحتاج للرملي: ٣/ ٤٠٢. حاشية قليوبي وعميرة: ٢/ ٢٠١. الإنصاف للمرداوي: ٤/ ٢٨٣. القواعد لابن رجب: ٤٢١.

نزاع في الأموال، وأما في الأبضاع فقد اختلف فيه غير أن الصحيح جوازه[1].
ومن أمثلة هذا القسم التصرف بالأموال المغصوبة أو العواري إذا تعذرت عليه معرفة أرباب أصحابها ويئس منها، فإنه يتصدق بها عنهم، فإن ظهروا بعد ذلك كانوا مخيرين بين إمضاء الصدقة أو تضمينه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة[2].

وكذلك اللقطة، فإن الملتقط يأخذها بعد التعريف، ويتصرف فيها، فإذا جاء صاحبها بعد التصرف كان مخيراً بين إمضاء تصرفه وبين تضمينه[3]، فالتصرف هنا موقوف؛ لتعذر استئذان المالك؛ ولأن الحاجة دعت إلى ذلك.

هذا هو الأصل الذي بني عليه حكم عمر في امرأة المفقود، فالإمام أو القاضي تصرف في زوجة المفقود بالتفريق دون إذنه، وإنما دعاه إلى ذلك الاعتقاد الذي تشكل عنده بأن المفقود مات، وإلا فلو علم حياته لما كان مفقوداً، فكما ساغ التصرف في الأموال التي تعذر معرفة أصحابها أو استئذانهم، فقد ساغ للإمام أن يفرق للحاجة، وقدوم الرجل يظهر أن الإمام تصرف في زوجة المفقود بالتفريق في حياته دون إذنه، فيبقى هذا التفريق موقوفاً على

(١) القواعد لابن رجب: ٤١٧. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٧.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي: ٢٠٩. بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٢. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٩. حاشية العدوي: ٢/ ٢٨١. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ١٧٣. كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٣١٧. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٥ ـ ٦٦. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢١٢. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٢٢٢. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٧.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٢٠٢. تبيين الحقائق للزيلعي: ٣/ ٣٠٤. مجمع الضمانات للبغدادي: ٢٠٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ١٢٧. منح الجليل لعليش: ٨/ ٢٣٤. الإنصاف للمرداوي: ٦/ ٢١٢.

إجازته، فإن شاء أجاز وإن شاء رد، قياساً على صاحب المال إذا ظهر، فإن نفاذ تصرف الغير بملكه موقوف على إجازته، وإذا أجاز الزوج تفريق الإمام، صار كالتفريق المأذون فيه ووقعت الفرقة، وإن لم يجز ما فعله الإمام، كان التفريق باطلاً من حين اختار زوجته، لا ما قبل ذلك.

فالقادم إذاً مخير بين إجازة تصرف الإمام أو رده، فإذا أجازه فقد رضي بفوات البضع عن ملكه، وخروج البضع عن ملك الزوج متقوم عند الشافعية، والحنابلة في رواية، وهو مضمون بمهر المثل عند الشافعية، والحنابلة في رواية(١)، ومضمون بالمهر المسمى عند الحنابلة في رواية أخرى(٢)، بدليل أمر رسول الله ﷺ زوج المختلعة أن يأخذ ما أعطاها دون مهر المثل(٣).

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٣٦٧. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٥٩. تحفة المحتاج للرملي: ٨/ ١٠٤. مغني المحتاج للشربيني: ٦/ ٣٩٤. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٣٠٩، ٤/ ٣٨٣. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٧٤، ٦/ ٥٩٩. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ١٦٠، ٣٤١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٦/ ٦٤٤.

(٢) الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٧٤، ٦/ ٥٩٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٣، ٦/ ٦٤٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٣٤١،١٦٠، ١٢/ ٩٨ ـ ٩٩. وذهب الحنفية والمالكية، والحنابلة في رواية إلى أن خروج البضع عن ملك الزوج لا قيمة له؛ لأن المهر لزمه بالدخول. ينظر: الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٣٩. تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٢٩. الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢١٠. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٩٨. منح الجليل لعليش: ٨/ ٥١٢. كشاف القناع للبهوتي: ٦/ ٤٤٣. الإنصاف للمرداوي: ١٢/ ٩٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٦٠٧.

(٣) أصل ذلك ما جاء في السنة أن امرأة أتت النبي ﷺ وقالت: إني أبغض زوجي وأحب فراقه، قال: **«فتردين إليه حديقته التي أصدقك»**، وكان أصدقها حديقة، قالت: نعم، وزيادة من مالي، فقال النبي ﷺ: **«أما زيادة من مالك فلا، ولكن الحديقة»**، فقالت: نعم، فقضى بذلك النبي ﷺ على الرجل، وأُخبر بقضاء النبي ﷺ فقال: قد قبلت قضاء النبي ﷺ، وهذا اللفظ أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب المفتدية =

وبالنتيجة يظهر أن حكم عمر رضي الله عنه مبني على وقف العقود واختيار صاحب الحق، وعلى القياس على البيع والإجارة واللقطة، وعلى تقوم خروج البضع بالمهر المسمى، والقول بوقف العقود عند الحاجة متفق عليه بين الصحابة، فقد ثبت ذلك عنهم في عدة قضايا، ولا إضرار فيه حتى تحول النصوص العامة دونه، فقد يرى الرجل أن يشتري لغيره أو يبيع أو يوجب له ثم يشاوره، فإن رضي نفذ التصرف وإلا رده دون أن يترتب عليه أي ضرر.

وخلاصة ذلك، أن تصرف الإمام بالتفريق بين المفقود وزوجته موقوف على إذن الزوج إذا ظهر حياً، كما يوقف تصرف الملتقط على إذن المالك إن عُرف، والقول برد المهر إليه عند خروج زوجته عن ملكه إلى الزوج الثاني يقاس على أن الخروج متقوم في الخلع بالمسمى المتفق عليه، وبذلك يظهر أن عمر رضي الله عنه لم يخالف القياس في هذا الحكم؛ لأنه عمل بأصح الآراء وأجراها على القياس[1]، يقول ابن تيمية ـ رحمه الله ـ: «والصواب ما قضى به أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه. .وقد تأملت في هذا الباب ما شاء الله فرأيت الصحابة أفقه الأمة وأعلمها. . وقد بينت فيما كتبته أن المنقول عن الصحابة هو أصح الأقوال قضاء وقياساً، وعليه يدل الكتاب والسنة، وعليه يدل القياس الجلي، وكل قول سوى ذلك تناقض في القياس»[2].

= بزيادة على صداقها، رقم: ١١٨٤٢. والدارقطني في السنن، باب المهر، حديث: ٣٩. وحديث رد الحديقة أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث: ٥٢٧٣.

(١) الفتاوى لابن تيمية: ٢/ ٥٨٠. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٩.

(٢) الفتاوى لابن تيمية: ٢٠/ ٥٨٢.

٤ ـ اعترض الحنفية على الاستدلال بقول عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود بأنه لا يصح؛ لأن قول عمر بالتخيير مبني على مسألة المرأة التي تزوجت في عدتها، فقد كان مذهب عمر في المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم ظهر زوجها حياً أن يخير بين أن ترد إليه زوجته وبين المهر، وقد صح رجوعه عنه إلى قول علي رضي الله عنه[1]، فإنه كان يقول: يفرق بينها وبين زوجها الأخير، ثم تعتد ثلاث حيض، ثم ترد إلى الأول، ولها المهر بما استحل من فرجها[2].

ويجاب عن اعتراض الحنفية من عدة نواح:

الناحية الأولى: لقد ذكر الحنفية أن المرأة التي تزوجت في عدتها هي المرأة التي ينعى إليها زوجها فتعتد وتتزوج، أي هي تلك التي يبلغها خبر وفاة زوجها، فتعتد ثم تعقد نكاحها على غيره، فكيف يستقيم أن تعد هذه المرأة منكوحة في عدتها، مع أنها تزوجت بعد انقضاء العدة، بدليل أن نكاحها كان صحيحاً قبل عودة زوجها الأول؟.

الناحية الثانية: إن مذهب عمر رضي الله عنه في المرأة التي تزوجت في عدتها مخالف لما نسبه الحنفية إليه، حيث قضى في امرأة نكحت في عدتها أن يفرق بينهما، ولم يكتف بذلك بل عاقبهما بتحريم نكاحها عليه أبداً، وجعل صداقها في بيت المال؛ لأن نكاحها كان حراماً، فصداقها حرام، وبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فقال: «رحم الله أمير المؤمنين، ما بال الصداق وبيت المال؟ إنهما جهلا فينبغي للإمام أن يردهما للسنة»، قيل: فما تقول أنت فيهما قال: «لها الصداق

(١) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٣/ ٥٢٢، وينظر: كتاب الآثار للأنصاري، رقم: ٦٠٦. والأثران المرويان هنا عن عمر وعلي رضي الله عنهما، لا دلالة فيهما على أن المرأة نكحت في عدتها.

بما استحل من فرجها، ويفرق بينهما ولا حد عليهما»، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه، فحمد الله وأثنى عليه وقال: «أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة»[1].

فلعمر رضي الله عنه إذاً قولان في المرأة التي تنكح في عدتها، ذهب في الأول إلى التفريق بينهما وجعل الصداق في بيت المال وحرم عليه نكاحها، على حين رجع في الثاني إلى قول علي رضي الله عنه وقال بالتفريق بينهما، وجعل الصداق لها بما استحل من فرجها، فلم يقل عمر رضي الله عنه ببقاء النكاح في كلا القولين، بل إن حكمه بالتفريق بين الزوجين هو قدر مشترك بين قوليه في هذه المسألة، والاختلاف بين قوله الأول والثاني، إنما يظهر في حكم الصداق، وفي إباحة المرأة للزوج الثاني بعد انقضاء العدة.

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه الذي قضى فيه بالتفريق وجعل المهر في بيت المال. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب ما قالوا في المرأة تزوج في عدتها: ٤/ ٤. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب نكاحها في عدتها، رقم: ١٠٥٣٣. والبيهقي في السنن، كتاب العدد، باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني، رقم: ١٥٣١٩. وينظر: أحكام القرآن للجصاص: ٢/ ١٣٣. وقد نقلت بعض الروايات أنه فصل الحكم، فإن عاد زوجها قبل دخول الثاني بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا ينكحها أبداً، وقد أخرج رواية التفصيل السابقة، مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع مع لا يجوز من النكاح، رقم: ٢٧. والشافعي في مسنده، كتاب العدد: ٣٠١. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب نكاحها في عدتها، رقم: ١٠٥٤٠.

أما رجوع عمر رضي الله عنه عن قوله إلى قول علي الذي فرق بينهما أيضاً، ولكنه جعل الصداق لها بما استحل من فرجها، فقد أخرجه البيهقي في سننه، كتاب العدد، باب الاختلاف في مهرها، وتحريم نكاحها على الثاني، رقم: ١٥٣٢١. وقد روى ابن أبي شيبة عن عمر أنه فرق بينهما وجعل المهر للزوجة، كتاب النكاح، باب ما قالوا في المرأة تزوج في عدتها: ٤/ ٤. وينظر: التلخيص الحبير لابن حجر: ٣/ ٢٣٦.

أما رواية التخيير فقد رويت عنه في شأن آخر[١]، وذلك إذا عاد الزوج بعد غيابه فوجد أن زوجته قد نكحت غيره بناءً على ما بلغها من خبر وفاته، والفرق بين هذه الصورة ونكاح المرأة في العدة بيِّن، فلا وجه إذاً لاعتراض الحنفية؛ لأن عمر رضي الله عنه قال بوجوب فسخ نكاح من نكحت في عدتها قولاً واحداً، ولم يقل بتخيير زوجها إذا عاد، وإنما حكم بالتخيير للغائب كما مر، وفي امرأة المفقود؛ وأما ما صححه الحنفية من رجوع عمر أيضاً عن قوله في تخيير المفقود العائد إلى قول علي رضي الله عنه، فقد رده الحنابلة[٢] ـ كما مر سابقاً ـ وقال ابن حجر رحمه الله: «لم أره»[٣].

الناحية الثالثة: على التسليم بصحة ما روي من رجوع عمر رضي الله عنه عن قوله في المرأة التي ينعى إليها زوجها، بأنه إذا عاد فله الخيار بين زوجته وبين صداقها، إلى قول علي رضي الله عنه، بأن لها الصداق ويفرق بينها وبينه ثم ترد إلى الأول، فلا يصح أن يصار إلى القول بأن تخيير المفقود بين زوجته وبين المهر إنما هو بناءً على مذهب عمر في المرأة التي نعي إليها زوجها؛ لأنها ليست بمنزلة امرأة المفقود، فالحكم بموت المفقود وحصول الفرقة قد استند إلى اجتهاد الحاكم بثبوت فقده، وهذا أمر ثابت، ولا يقال بأن عودة المفقود حياً

---

(١) أخرج رواية التخيير عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب في المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٤/ ٤. وفيها أن عمر رضي الله عنه سئل عن رجل غاب عن امرأته فبلغها أنه مات، فتزوجت ثم جاء الزوج الأول، فقال عمر: «يخير بين الصداق وامرأته، فإن اختار الصداق، تركها مع الثاني وإن شاء اختار امرأته». وينظر: كتاب الآثار للأنصاري، رقم: ٦٠٦.

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. منار السبيل لابن ضويان: ٢/ ٨٠.

(٣) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٤٣.

قد أظهرت خطأ الحاكم فيما استند إليه؛ لأن عودته حياً لا تنفي كونه مفقوداً قبل ذلك، أما المنعي لها زوجها فقد عجلت، ولم يكن ثمة إعذار من تربص ولا تفريق إمام، بل وإن حكم القاضي بموته، فقد استند إلى شهادة ظهر خطؤها بعودته، وإن لم يحكم بذلك، فالاختلاف بيِّن[1]، فافترقا.

الرأي المختار:

من خلال ما تقدم لا بد لبيان الرأي المختار من التمييز بين حالتين وذلك بناءً على القول بالتفريق وعدمه حسب ظروف الفقدان، فعلى القول بعدم التفريق ووجوب انتظار الزوجة حتى يتبين أمر زوجها، أو أن تمضي مدة يغلب على الظن أنه توفي بها، فإن نكاح المفقود يبقى مستمراً وإن عاد فهو أحق بها ـ وإن كانت تزوجت في هذه المدة ـ؛ لأن نكاحها باطل، وهذا ما رأى الباحث اختياره فيمن فُقد في ظروف يغلب عليه السلامة فيها.

أما إن فقد الزوج في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، وحكم القاضي بموته بعد استقصاء البحث وانقضاء الأجل، فاعتدت زوجته ثم تزوجت غيره وظهر المفقود حياً، فإن الباحث يرى اختيار القول بتخيير الزوج العائد بين زوجته وبين صداقها وإن دخل الثاني بها[2]؛ لأنها تزوجت بناءً على الحكم بموت الأول، فإذا عاد فقد انهار الحكم الذي كان نافذاً في الظاهر دون الباطن، ووجب نقض ما ترتب عليه، ويخير المفقود بين إمضاء حكم القاضي بالتفريق أو

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨١. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٦ ـ ٦٩٧. المدونة الكبرى: ٢/ ٢٨. منح الجليل لعليش: ٣/ ٣٢١. المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣.

(٢) قد يعترض على هذا القول بأن الزوج العائد لا يملك أن يزوجها، فليس له أن يجيز زواجها، وهذا الاعتراض يجاب عنه بأن اختياره الصداق لا يعني إجازته نكاحها من غيره، وإنما يعني إجازته تفريق الحاكم الذي بني النكاح الثاني على أساسه.

رده، وقد اختار الباحث تخيير الزوج الأول مع أن الحكم كان نافذاً في الظاهر فقط لما أحدثه عقد الثاني ودخوله بالزوجة من وضع جديد، فإذا اختار الأول رد تفريق الإمام وطلب عودةَ زوجته إليه كان له ذلك، وتُرد إليه وكأنها لم تتزوج بغيره، ولكن يجب عليه أن يعتزلها حتى تنتهي عدتها من الثاني، بأن تعتد ثلاث حيضات أو تتربص ثلاثة أشهر لمن يئست من المحيض، أو بوضع حملها، إن كانت من أولات الأحمال أما إن اختار المفقود صداقها فهذا يعني إجازته لتفريق الحاكم وتكون زوجة الثاني.

ومما يرجح هذا الاختيار استناده إلى عمل الصحابة رضي الله عنهم؛ ولأنه يحفظ حق المفقود في زوجته، ولا يجحف بحق الثاني؛ لأنه كان يعلم أنه يعقد على زوجة مفقود، وأنه إن ظهر زوجها الأول فهو بالخيار بين أخذها، أو اختيار صداقها.

أما ما قيل من أحقية الثاني بها بعد دخوله وإن ظهر زوجها الأول، فيرد عليه أن أثر عمر رضي الله عنه الذي استدلوا به لا دلاله فيه على فوات الزوجة على المفقود بدخول الثاني؛ لأنه لم يخص المدخول بها بالحكم دون غيرها، بل إن تخيير عمر رضي الله عنه الزوج العائد بين زوجته وصداقها يدل على خلاف ذلك، وقد وثق الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ رواة الأثر المنقول عن عمر رضي الله عنه في تخيير المفقود، وصححه ابن حزم أيضاً، ونقل الحنابلة الإجماع على قول عمر وعثمان وابن الزبير في هذه المسألة[1].

ويرد على أحقية الثاني بها أيضاً أن المفقود لم يفارق امرأته، وإنما حكم القاضي بحصول الفرقة اعتماداً منه على سبب ظهر بطلانه بعودته، فكيف يستمر

---

(١) ينظر: الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠. سنن البيهقي: ٧/ ٤٤٦. المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٦. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨.

حكم التفريق وقد ظهر بطلان ما بني عليه؟ وكيف تفوت عليه امرأته ولا يفوت عليه ماله إذا عاد وطلبه، مع أن زوجته عليه ربما تكون أعز من ماله؟

وإن قيل إن عقد الثاني ودخوله بها تم على امرأة خلية من الزواج والعدة بناءً على حكم التفريق الذي سوغه الشارع، وهذا يجعل للثاني حقاً بها، فيجاب عنه بأن حق الأول أسبق، وقد ظهر خطأ السبب الذي أباح للثاني الزواج بها، وهل ثمة دليل بوجوب مراعاة حق الثاني، دون حق الأول الذي لم يتنازل عن حقه؟

ومن هنا فإن إعطاء المفقود عند عودته حق الاختيار، كان مراعاة لحقه الثابت أولاً، ولا ضرر فيه على الزوجة؛ لأنها تستطيع في حال اختيار الأول لها ورغبت عنه أن تلجأ لطلب الخلع كي تفارقه.

ويرى الباحث أخيراً للخروج من هذا الخلاف، وتفادياً للآثار التي تترتب على عودة المفقود، أن تلجأ الزوجة في حال شق عليها انتظار زوجها وتضررت كثيراً من فقدانه إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها؛ لتضررها بسبب غيابه، وعند ذلك يفسخ القاضي نكاحها وتعتد ثم تتزوج، ولا أثر حينئذ لعودة الزوج الأول على نكاحها؛ لأن حكم التفريق بني على الضرر اللاحق بها نتيجة غيابه عنها.

ويتعلق بعودة المفقود بعد نكاح زوجته العديد من الأحكام التي يتطلب البحث بيانها، كحكم إلحاق الولد هل يلحق بالزوج الثاني أو بالأول؟ وأثر عودته واختياره على النكاح الأول والثاني، وإذا فاتت الزوجة عليه باختياره الصداق، فأي صداق يأخذ وعلى من يرجع به؟ وسآتي على بيان ذلك في النقاط الآتية:

النقطة الأولى ـ إلحاق الولد:

إذا عاد المفقود فوجد زوجته قد نكحت غيره وأتت بولد، أو كانت حاملاً، فهل يلحق هذا الولد أو الحمل بالمفقود أم بالزوج الثاني؟

ليس ثمة خلاف يذكر بين الفقهاء في أن الولد أو الحمل يلحق بالثاني[1]؛ لأن نكاحها بعد مدة التربص والعدة يثبت براءة رحمها؛ لامتناع بقاء ماء المفقود في الرحم مدة أربع سنين؛ ولأن المرأة صارت فراشاً للثاني بالشبهة، وقد نقل ابن المنذر ـ رحمه الله ـ الإجماع على أن المرأة إذا فقدت زوجها فتزوجت وولدت، أن الولد للآخر، وذكر انفراد أبي حنيفة بقوله إن الولد للأول؛ لأنه صاحب الفراش، وهو صاحب الحق، يقول ابن المنذر: «وأجمعوا على أن المرأة إذا فقدت زوجها فتزوجت وولدت أن الولد للآخر، وانفرد النعمان، فقال: الولد للأول»[2].

ومن خلال التحقيق في مذهب الحنفية، ظهر لي أنهم يتفقون مع الجمهور في إلحاق الولد بالثاني، وهذا ما ذكره ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عن بعض مشايخ الحنفية[3]، أما ما نقله ابن المنذر عن انفراد أبي حنيفة بمخالفة الجمهور، فغالب الظن أنه اعتمد في نقله على القول القديم للإمام في مسألة المنعي لها زوجها، فإذا تزوجت هذه المرأة، ثم ولدت، ثم ظهر الزوج الأول حياً، فإن القول الأول للإمام أبي حنيفة أن الأولاد للأول؛ لأنه صاحب فراش صحيح، غير أنه رجع عن هذا القول وقال بإلحاقهم بالثاني وإثبات النسبة منه وإن كان الفراش فاسداً، والفتوى على هذا القول في المذهب[4].

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: ٢/ ٣٣٢. الأم للشافعي: ٨/ ٣٣٠. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١١٠. البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥.

(٢) الإجماع لابن المنذر: ٧٧٠.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. وينظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: ٢/ ٣٣٢.

(٤) رد المحتار وحاشية ابن عابدين عليه: ٣/ ٥٥١ ـ ٥٥٢. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/ ١٤٧. الفتاوى الهندية: ١/ ٣٣١. بدائع الصنائع للكاساني: ٣/ ٢١٥. =

ولم يتعرض المالكية لبحث هذه النقطة؛ لأن نكاح الثاني يستمر صحيحاً وتفوت على الأول بدخول الثاني بها بشروط سبق بيانها، وهذا يقتضي إلحاق الأولاد بالثاني.

وهذا كله يرد حالة عدم ادعاء المفقود الولد، فإذا ادعاه، فهناك وجهان عند الشافعية، أصحهما أنه يسأل عن جهة ادعائه، فإن قال: هو ولدي، ولدته زوجتي على فراشي، فلا يجاب إلى دعواه لبطلانها؛ لأن الولد لا يبقى في الرحم أكثر من أربع سنين، وإن ادعى عودته ووطأها خلال المدة المذكورة، فإن كان قوله محتملاً عُرض الولد على القائف، وذهبوا في الوجه الثاني إلى أن الولد يعرض على القائف من غير بحث أو استقصاء[1].

النقطة الثانية ـ أثر عودة المفقود واختياره على عقد النكاح الأول والثاني:

إذا ظهر المفقود حياً واختار زوجته التي كانت نكحت غيره، فهل يبطل عقد نكاحها من غيره وتعود إليه مباشرة، أم أنها تحتاج إلى طلاق؟ وإذا اختار المفقود الصداق، فهل تحتاج إلى تجديد عقدها مع الثاني؟

نص الحنابلة في المذهب، والإباضية[2]، على أن المفقود إذا عاد واختار زوجته، فله ذلك بالعقد الأول لبقائه ولا تحتاج إلى طلاق الثاني؛ لأن نكاحه

= وينظر: التقرير والتحبير لابن أمير حاج: ٣/ ٣٧٥. كشف الأسرار للبخاري: ٤/ ١٠٧ ـ ١٠٨.

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٩. أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٤٠١. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨١. حاشية الشرواني: ٨/ ٢٥٤. الأم للشافعي: ٥/ ٢٥٦.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٢. شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٥٣ ـ ٥٥.

كان نافذاً في الظاهر باطلاً في الباطن، ولا حاجة إلى الطلاق لإيقاع الفرقة بين الزوجين في نكاح باطل.

على حين ذهب الحنابلة في روايتهم الثانية[١] إلى أن القياس يقتضي حاجتها إلى طلاق؛ لأن نكاحها الذي تم بناءً على الحكم بموته مختلف في صحته، لذلك يؤمر الثاني بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني قياساً على سائر الأنكحة الفاسدة[٢].

أما إن اختار المفقود ترك زوجته للثاني، فقد اختلفت الأقوال أيضاً في استمرار نكاح الثاني دون عقد جديد، فذهب الشافعية في وجه والحنابلة في أشهر الروايتين إلى القول باستمرارها مع الثاني دون عقد جديد، ولا يحكم ببطلان نكاح الثاني بظهور المفقود، واستدلوا لذلك بأن الصحابة حينما حكموا بالتخيير لم ينقل عنهم القول بوجوب تجديد العقد[٣].

أما الوجه الثاني عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة[٤] فقد ذهبوا فيها إلى وجوب تجديد العقد، وهذا ما صححه ابن قدامة ـ رحمه الله ـ واحتج لذلك بأن عودة المفقود حياً، تُظهر بطلان عقد الثاني، ويُحمل ما ورد عن الصحابة على هذا القول؛ لقيام الدليل عليه، فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠. الروض المربع للبهوتي: ٣/ ٢١٢.

(٢) المبدع لابن مفلح، أبو اسحاق: ٨/ ١٣٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٢.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠.

(٤) المراجع السابقة. وينظر أيضاً: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨.

لغيره بمجرد تركه لها[١]، وإن قيل بوجوب تجديد عقد الثاني، فلا بد لذلك من طلاق الأول وانقضاء العدة ثم يجدد العقد[٢].

النقطة الثالثة ـ حكم الصداق في حالة فوات الزوجة على المفقود:

إذا فاتت زوجة المفقود عليه بدخول الثاني بها عند المالكية، أو باختيار تركها للثاني عند الشافعية في القديم، والحنابلة، فهل يملك المفقود أن يطالب بالصداق لفوات البضع عليه؟

ذهب المالكية إلى أنه لا حق له في صداقها الذي نحلها إياه، وليس له أن يطالب به أحداً؛ لأن فوات البضع لا قيمة له عندهم[٣] كالحنفية[٤]، والزوجة استحقت جميع الصداق بدخوله بها، واستدل المالكية بما جاء عن مالك ـ رحمه الله ـ أنه قال: «أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر رضي الله عنه أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء، في صداقها أو في امرأته»[٥].

أما الشافعية في القديم والحنابلة، فقد أعطوا المفقود حق المطالبة بالصداق، بل إن الزوج هنا يخير بين أخذ الصداق وترك زوجته وبين عودتها إليه، واستندوا في ذلك إلى أثر عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة، وإلى أن خروج البضع من

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠.

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠.

(٣) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: ٢٦٠. الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٤/ ٢١٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣. حاشية الصاوي: ٤/ ٢٩٨. منح الجليل لعليش: ٨/ ٥١٢.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٤٩. الجوهرة النيرة للعبادي: ٢/ ٢٣٩. وقد اعترض الحنفية على من قال بالتخيير بينها وبين المهر بالقول: كيف يستقيم أن يدفع المهر له وهو بدل بضعها وهو مملوك لها دونه؟. ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧.

(٥) الموطأ للإمام مالك: ٢/ ٤٥٠. وينظر: المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣.

ملك الزوج متقوم، فكما فوتت عليه بضعه، فيجب عليها عوضه[(١)].

ولكن ما هو الصداق الذي يرجع المفقود به إذا اختار ترك زوجته، وعلى من يرجع به؟

١ ـ المقصود بالصداق الذي يأخذه المفقود:

اختلف الفقهاء في المقصود بالصداق الذي يرجع المفقود به على عدة أقوال:

ذهب الشافعية إلى أنه يأخذ مهر المثل[(٢)]، أما الحنابلة فقد نقلوا في ذلك روايتين عن الإمام أحمد رحمه الله، ذهبوا في الأولى منهما إلى أن المفقود يرجع بالصداق الذي أعطاها إياه، وحجتهم في هذه الرواية قضاء عمر وعثمان وعلي وابن الزبير رضي الله عنهم بالتخيير بينها وبين الصداق الذي ساقه هو إليها[(٣)]؛ ولأن البضع أُتلف عليه فيرجع بالعوض، وهو ما دفعه من مهر، كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة؛ لأنه المهر الذي يستحقه، والمذهب عند الحنابلة على هذه الرواية.

وعلى هذا القول، إذا لم يكن المفقود قد دفع لها صداقاً لم يرجع عليها بشيء، وإن كان دفع لها بعضه رجع عليها بقدر ما دفع[(٤)].

(١) ينظر: أسنى المطالب للأنصاري: ٣/ ٣٠٩. شرح البهجة الوردية للأنصاري: ٤/ ٣٥٥. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٥٧٤. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ١٦٠، ٣٤١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٣.

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠.

(٣) الآثار الواردة عن الصحابة في تخيير المفقود بين زوجته وصداقه الذي ساقه إليها، أخرجها ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب النكاح، باب المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٣/ ٥٢٢. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٠. وينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: ٢/ ١٤٢.

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٩.

أما الرواية الثانية عندهم فهي أن المفقود يرجع بالصداق الذي أعطاها الثاني إياه، وحجتهم في هذه الرواية أن إتلاف البضع جاء من جهة الثاني، والرجوع عليه إنما يكون بقيمته، والبضع لا يتقوم إلا على الزوج أو ما جرى مجراه، فلذلك وجب عليه الرجوع بالمسمى الثاني[1].

وقد اتفق الزيدية[2] مع الحنابلة في روايتهم الثانية واستدلوا لذلك بحكم علي رضي الله عنه الذي جاء فيه أنه قال: «إذا جاء الأول خير بين الصداق الأخير وبين امرأته»[3].

وأما الإباضية فقد كان لهم رأي آخر حيث ذهبوا إلى أن المفقود يأخذ أقل الصداقين، صداقه أو صداق الأخير، وحجتهم في ذلك أنه إذا أخذ الأكثر منهما فإن الأكثر لا يخلو عن كونه صداقه، أو صداق الأخير، فإن كان صداقه الذي أعطاها إياه، فهو بذلك يرد الصداق كله لنفسه مع أنه دخل بها، وتكون الزوجة بذلك مغبونة؛ لأنها لم تأخذ صداقاً على دخوله بها، وإن كان صداق الثاني هو الأكثر وأخذه، كان كمن أخذ حق غيره، وإذا لم يأخذ المفقود شيئاً كان مغبوناً، والزوجة بنكاحها غيره أخذت صداقين، فتغرم أقلهما، وأما أخذ أقل الصداقين منها وإنقاص استحقاقها عن كامل المهر، فمرده أن نكاحها غيره تصرف منها،

---

(١) المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٢) البحر الزخار للمرتضى: ٤/ ٣٥.

(٣) أثر علي رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود، رقم: ١٥٣٥١، وقال: «رواية خلاس بن عمرو عن علي ضعيفة، وقد روي هذا القول عن طريق أبي المليح عن علي، وأبو المليح لم يسمعه من علي رضي الله عنه».

فتتحمل تبعة تصرفها، ولو عذرت بزواجها الذي أذن الشارع فيه؛ لأن الخطأ لا يسقط الضمان[١].

وأولى الأقوال بالاختيار أن يأخذ المفقود الصداق الذي أعطاه زوجته إذا اختار أن يترك زوجته؛ لأن هذا المهر حقه وقد بذله مقابل البضع الذي فات عليه ببقائها مع الثاني، ولما فات عليه حقه بذلك فإنه يستحق المقابل الذي بذله فيه، ولا حق له في المهر الذي دفعه غيره.

٢ ـ على من يرجع المفقود بالصداق، هل على الزوجة أم على الزوج الثاني؟:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المفقود إذا اختار الصداق، فإنه يرجع به على الزوج الثاني، لحكم الصحابة بذلك[٢]؛ ولأن الأخير قد حال بينه وبين زوجته بعقده عليها ودخوله بها[٣].

وثمة قول آخر لبعض التابعين كمعمر وعطاء ـ رضي الله عنهما ـ ذهبوا فيه إلى أن الزوج يرجع بالصداق على زوجته[٤].

---

(١) شرح النيل لأطفيش: ٧/ ٥٣ ـ ٥٤.

(٢) من ذلك ما أخرجه بن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه أنه خير مفقوداً تزوجت امرأته، فاختار المال فجعله على زوجها الأحدث. ينظر: المصنف لابن أبي شيبة، كتاب النكاح، باب في المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته: ٣/ ٥٢٢.

(٣) روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩. الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة: ٩/ ١٢٤.

(٤) المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: ١٢٣٢٧ ـ ١٢٣٢٨. وينظر: المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣. وقد نسب ابن حزم هذا القول للزهري مخالفاً بذلك ما جاء في المصنف لعبد الرزاق الذي نقل أن الزهري قال: «يغرم الزوج الصداق». ينظر: المحلى لابن حزم: ٩/ ٣٢٥.

وإذا رجع المفقود بالصداق على الزوج الثاني، فهل يملك الأخير الرجوع بما أُخذ منه على الزوجة؟

اختلفت الأقوال عند الحنابلة على روايتين:

الأولى: يرجع الزوج الثاني عليها بما أخذ الأول منه؛ لأنها هي التي أخذته، وقد غرمه بسببها فيرجع به عليها كالمغرور، ثم إن الزوج الثاني أعطاها المهر الذي عليه، فإن قيل: يغرمه هو ولا يرجع به؛ فقد اقتضى ذلك أن يلزم بمهرين، ولم يقل بهذا أحد.

ولما كانت المرأة قد اختارت فراق زوجها الأول ونكحت غيره، فقد لزمها أن ترد المهر الذي أخذته من الأول؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها[1].

الثانية: لا يرجع عليها بما أُخذ منه؛ لأن المهر يتأكد للزوجة بالدخول، والأول يستحق المهر بخروج البضع عن ملكه، فكان على الثاني، واستدلوا لذلك أيضاً بأنه لا تغرير من المرأة، ولذلك لا يرجع عليها بشيء؛ ولأن الصحابة الكرام لم يقضوا بالرجوع[2].

وقد صحح صاحب المغني الرواية الثانية، ورأى أنها الأظهر خلافاً للاتجاه

(١) ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ١٩٩. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٩.

(٢) ينظر: مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩. إعلام الموقعين لابن القيم: ٢/ ٢٩. ولعل المقصود بقضاء الصحابة ما جاء عن عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود أنه قال: «إن جاء زوجها وقد تزوجت امرأته خير بينها وبين الصداق، فإن اختار الصداق كان على زوجها الآخر». ينظر: السنن للبيهقي، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود، رقم: ١٥٣٤٨.

السائد في المذهب في تصحيح الرواية الأولى[١].

ويتفرع على الرواية الصحيحة من المذهب، أنه إذا كان الثاني قد دفع إليها الصداق رجع به، فإن لم يدفعه، دفعه إلى الأول إذا كان مساوياً لصداقه وإلا فبقدره، وإن كان دفع بعضه رجع بما دفع.

وعلى رواية عدم الرجوع، فإنه إذا كان الثاني قد سلمها صداقها لم يرجع به، وإن لم يكن أعطاها إياه لزمه أن يدفعه لها، ويدفع للأول صداقاً آخر[٢].

خلاصة المذاهب الفقهية في فوات زوجة المفقود عليه إذا ظهر حياً:

١ ـ **الحنفية**: عندهم قولان في ذلك، ذهبوا في الأول إلى أنها لا تفوت عليه بحال، وذهبوا في قولهم الثاني إلى أنها تفوت عليه إذا تزوجت، أما إن عاد قبل نكاحها فهو أحق بها[٣].

٢ ـ **المالكية**: كان الإمام مالك ـ رحمه الله ـ يقول بفوات الزوجة على المفقود بنكاحها من غيره، سواء أدخل بها أم لم يدخل، غير أنه رجع عن هذا القول قبل موته بعام، إلى القول بأن الزوجة لا تفوت عليه إلا بعد عقد الثاني ودخوله بشرطين، أن يتلذذ بها غير عالم بحياة الزوج، وأن لا تكون في عدة وفاة[٤]، وثمة قول في المذهب يرى أنها تفوت عليه بعقد الثاني عليها وخلوته

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٢. المغني لابن قدامة ٨/ ١٠٩. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩٣. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧١.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧١. المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٩.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٣٧. الفتاوى الهندية: ١/ ٣٠٠.

(٤) ينظر: المدونة الكبرى: ٢/ ٣٠. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥١. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٦.

بها خلوة توجب العدة(١).

وقد اشترط المالكية تقدير طلاقها من المفقود حين الشروع في العدة كي تفوت عليه، ويتحقق هذا الطلاق المقدر بدخول الثاني(٢)، ولذلك قالوا بفواتها عليه بعد الدخول.

وإذا فاتت امرأة المفقود عليه بعقد الثاني أو خلوته أو دخوله ـ على الخلاف المذكور ـ احتسبت فرقتها للمفقود تطليقة؛ وذلك لأن عودة المفقود أثبتت أن التفريق حدث في حياته، ومن المقرر أن الفرقة لا تكون في حياة الزوج إلا لفساد في العقد، أو فساد يطرأ عليه، أو طلاق، ولما انتفى ما يوجب الفسخ كانت الفرقة طلاقاً(٣)، وهذا يفيد في احتساب عدد التطليقات عليه.

٣ ـ **الشافعية**: يختلف الحكم في فوات الزوجة على المفقود بين القديم والجديد:

فعلى القديم هناك أكثر من وجه، منها أنها لا تفوت عليه بحال، ومنها أنها تفوت عليه بالفرقة وإن لم تتزوج، وقيل تفوت عليه بنكاحها غيره، وقيل تفوت بالفرقة على القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً.

أما على الجديد الأظهر، فلا تفوت عليه بحال؛ لأن الزوجية بينها وبين الأول لا زالت قائمة(٤).

---

(١) المنتقى للباجي: ٤/ ٩٣.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٠. التاج والإكليل للمواق: ٥/ ٤٩٩. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٠.

(٣) المراجع السابقة. وينظر: المنتقى للباجي شرح الموطأ: ٤/ ٩٤.

(٤) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٩٨ ـ ٩٩. روضة الطالبين للنووي: ٦/ ٣٨٠. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ١٤٨. الحاوي الكبير للماوردي: ١١/ ٣٢٠ ـ ٣٢١. =

وهذا حكم الزوجة التي تتربص أربع سنين ثم تعتد وتتزوج، ولكن إن انتظرت مدة التعمير التي يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها وحكم القاضي بموته، فإن كلام الشافعية يفيد أنها تفوت عليه بنكاحها غيره[١].

٤ ـ **الحنابلة**: فرق الحنابلة في فوات زوجة المفقود عليه حسب ظروف الفقدان:

فالمفقود في غيبة ظاهرها السلامة لا تفوت عليه زوجته؛ لأن الزوجية قائمة لا تزول ما لم يثبت موته، أو يمض عليه زمن لا يعيش إلى مثله غالباً، أو بانتظارها تسعين سنة، وقيل غير ذلك، فإذا تزوجت قبل ذلك فنكاحها باطل، وإن تزوجت بعد هذه المدة فالمفهوم من كلام الحنابلة أنها تفوت على زوجها الأول[٢].

أما المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، فإن زوجته لا تفوت عليه قبل نكاحها غيره، وكذلك إن عقدت على غيره وعاد الأول قبل دخول الثاني، فإن عاد بعد دخوله، فإنها تفوت عليه على القول بنفاذ حكم التفريق ظاهراً وباطناً، غير أن المذهب أنها لا تفوت عليه، بل هو بالخيار بين أخذها وبين تركها للثاني، وأخذ المهر[٣]، وهذا القول هو رواية أخرى للإمام أحمد ـ رحمه الله ـ في حال عودة المفقود بعد عقدها على الثاني وقبل دخول الأخير بها[٤].

= تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٨/ ٢٥٤. الأم للشافعي: ٧/ ٢٥٠.

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨، ٥/ ٩٧.

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة: ٨/ ١٠٦. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٢٣٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٨.

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢١. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٠. المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: ٨/ ١٣٠.

(٤) المحرر لعبد السلام بن تيمية: ٢/ ١٠٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/ ٢٩١. الاختيارات العلمية لابن تيمية: ٥/ ٥١١.

والفائدة من معرفة الحالات التي تفوت فيها الزوجة على المفقود، تظهر فيما نص المالكية عليه من أنها تفيد بيان حكم إرث الزوجة من المفقود، فهي ترث منه في الحالات التي لا تفوت عليه إذا ظهر حياً، أما إذا فاتت عليه فلا ترث منه.

كما تفيد في وجوب فسخ النكاح الثاني إذا تبين أنه مات في الحالات التي لا تفوت فيها على المفقود، كأن تثبت وفاته بعد العقد وقبل الدخول، فيجب أن يفسخ نكاحها من الثاني؛ لأن المفقود لو عاد في هذا الوقت لكان أحق بها(١).

النتيجة: اتفق الفقهاء على أن المفقود أحق بزوجته ولا تفوت عليه وإن حكم بموته إذا ظهر حياً أثناء عدتها من وفاته، أو بعد انقضاء العدة وقبل أن تتزوج من غيره، أما إذا اقترنت بآخر بعد الحكم بموته وانقضاء العدة فإن الفقهاء في ذلك على اتجاهين:

ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى التسوية بين حالتي دخول الزوج الثاني وعدم دخوله بامرأة المفقود، أما أصحاب الاتجاه الثاني فقد ذهبوا إلى ضرورة التفريق بين الحالتين.

ومع أن أصحاب الاتجاه الأول اجتمعوا على عدم التفريق بين حالتي الدخول وعدمه في الحكم إلا أنهم انقسموا إلى فريقين، فذهب الحنفية والشافعية في الأصح إلى أن الزوجة تعود للمفقود مطلقاً، وذهب مالك في قوله القديم إلى أنه لا سبيل للمفقود عليها.

وكذلك فإن أصحاب الاتجاه الثاني الذين اتفقوا على وجوب التفريق في

---

(١) ينظر: حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٦. الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٤٨٠. منح الجليل لعليش: ٤/ ٣٢٠.

الحكم بين عودة المفقود قبل دخول الثاني أو بعد دخوله، انقسموا أيضاً إلى فريقين، فذهب مالك في قوله الأخير إلى أن المفقود أحق بزوجته إذا عاد قبل دخول الثاني بها، فإن عاد بعد دخوله فلا سبيل للأول عليها.

أما الشافعية في القديم والحنبلية فقد ذهبوا إلى أحقية المفقود بها إن عاد قبل دخول الثاني بها فإن عاد بعد الدخول، فهو بالخيار بين أن يسترد زوجته وبين أخذ صداقها.

أثر عودة المفقود على زوجته في القانون: أغفل قانون الأحوال الشخصية السوري الحديث عن أثر عودة المفقود على زوجته خلافاً للقانون المصري الذي نص على ذلك في المادة /٨/ والتي جاء فيها: «إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول»(١).

وهذه المادة تدل بوضوح على أن المفقود أحق بزوجته في الحالات الآتية:

أ ـ إذا عاد أو ثبتت حياته قبل أن تنكح زوجته غيره.

ب ـ إذا ظهرت حياته بعد عقدها على غيره ولكن قبل أن يدخل الثاني بها.

ج ـ إذا عاد بعد عقد الثاني ودخوله عالماً بحياة المفقود وقت العقد، أو قبل الدخول.

د ـ إذا عقد الثاني عليها في عدتها من وفاة الأول.

ومرجع القانون في هذه المادة ما ذهب إليه الإمام مالك ـ رحمه الله ـ في قوله الأخير.

---

(١) الأحكام الخاصة بالمفقود لحسن: ١٤٨.

المبحث الثاني
عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على أمواله

سأتناول في هذا المبحث أثر عودة المفقود، أو ثبوت حياته، فيما يخص أمواله في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأحوال الشخصية، وذلك في المطلبين الآتيين:

* المطلب الأول ـ أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في الفقه الإسلامي:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن المفقود إذا عاد أو ظهرت حياته قبل الحكم بموته، فإن جميع الأموال الموقوفة له ـ سواء أكانت حصصاً إرثية أم وصايا ـ تؤول إليه وتدخل في ملكه؛ لأن عودته أو ظهور حياته أثبتت أن شرط الميراث والوصية الذي يقضي بوجوب كونه حياً وقت وفاة المورث أو الموصي، ينطبق عليه[1].

أما فيما يتعلق بأمواله قبل الحكم بموته، فإنها لم تخرج عن ملكه باتفاق الفقهاء جميعاً بدلالة استصحاب حياته[2]، غير أن عودة المفقود تؤثر في انحسار سلطة التصرف بماله الممنوحة للقاضي أو لوكيله، لعدم الحاجة إلى ذلك؛ لأن المفقود لم يعد عاجزاً عن التصرف بنفسه، فالغياب الذي يعجزه عن حفظ ماله

(١) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ٢٤١. المبسوط للسرخسي: ١١/ ٤٥. حاشية العدوي: ٢/ ٣٧٥. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ١٠. كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٠٥. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٥٤٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٣. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٨. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٢٩. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٥.

أو التصرف فيه انتهى[١].

واتفق الفقهاء أيضاً على أن المفقود إذا ظهر حياً، أو عاد بعد الحكم بموته، وكانت أمواله على حالها بحيث لم تقسم على ورثته بعد، فإنها تظل على ملكه ولا حق لأحد في أن يأخذ شيئاً منها؛ لأنها أموال مملوكة لشخص ثبتت حياته، وكذلك حكم ما وقف للمفقود من أنصبة في تركة مورثيه، أو وصايا الغير له، فإنها تؤول إليه إذا كانت على حالها ولم ترد إلى مستحقيها.

ولا خلاف أيضاً في رد مال المفقود إليه فيما لو ظهر حياً، أو عاد بعد تقسيم أمواله على ورثته، أو بعد رد حصته الإرثية الموقوفة له إلى ورثة المورث الأول عند الجمهور[٢]، أو بعد قسمتها على ورثة المفقود عند الشافعية في قول، والحنابلة في المذهب[٣]، طالما بقيت هذه الأموال على حالها ولم تستهلك أو تتلف.

وموضع الخلاف ينحصر في حالة ظهور حياة المفقود، أو عودته بعد أن استهلك ورثته شيئاً من حصصهم الإرثية التي آلت إليهم نتيجة قسمة أمواله بناءً على الحكم بموته، أو بعد أن تصرفوا بها، أو عاد بعد استهلاك المال الموقوف له من تركة الغير، أو الوصايا، أو بعد رده إلى مستحقيه.

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٣. تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٣٥٠. مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ١٥٦. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/ ١٨٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨. فتح القدير لابن الهمام: ٦/ ١٤٩ ـ ١٥٠. حاشية الدسوقي: ٤/ ٤٨٧. حاشية الصاوي: ٤/ ٧١٧ ـ ٧١٨. الوسيط للغزالي: ٤/ ٣٦٧. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٤٢٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧.

(٣) حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٦٠. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٧. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٨. الكافي لابن قدامة: ٢/ ٥٦٦.

فهل يقتصر حق المفقود على أخذ ما بقي من أمواله أو مما وُقف له من أيدي الورثة وحسب، أم أنه يملك الحق في الرجوع على الورثة بما استهلكوا من مال أو تصرفوا فيه؟

يمكن إجمال أقوال الفقهاء في ذلك تحت قولين رئيسيين، سأعرضهما أولاً، ومن ثم أتبع ذلك بعرض أقوال المذاهب الأربعة بشكل مستقل فيما يأتي:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية، والحنابلة في رواية(١)، إلى أن حق المفقود يقتصر على استرداد ما بقي بيد الورثة من أمواله أو الحصة الموقوفة له، ولا يضمن الورثة ما استهلكوا أو أتلفوا من تلك الأموال التي انتقلت إليهم بعد الحكم بموته.

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنابلة في المذهب، والإباضية(٢)، إلى أن المفقود يأخذ ما وجده من ماله بعينه، ويضمن الورثة ما استهلكوه من أمواله أو تصرفوا فيه.

وثمة رواية عند الحنابلة قصروا فيها تضمين الورثة عند تصرفهم بأموال المفقود على حالة بقاء أعيانها، فإذا كان مال المفقود قائماً بعينه في يد المتصرف إليه وعاد المفقود، وجب على الورثة ضمانـه، وكان للمفقود الحق في استرداده،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٩. نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٠. حاشية البجيرمي: ٣/ ٣٦٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٨. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٨. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٢. الفواكه الدواني للنفراوي: ٢/ ٤٢. حاشية العدوي: ٢/ ٩٣. كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣١. تصحيح الفروع للمرداوي: ٥/ ٣٧ ـ ٣٨. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢/ ٥٤٣. شرح النيل لأطفيش: ١٣/ ٥٦٨ ـ ٥٧٠.

وإلا فلا ضمان عليهم[١].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استند القائلون بقصر حق المفقود على استرداد ما وجد من ماله بيد الورثة بالقياس والمعقول:

١ ـ من القياس: وذلك على أموال البغاة والمرتدين، حيث قاسوا مال المفقود على أموال البغاة والمرتدين التي يأخذها أهل العدل والمسلمون، فإذا تاب البغاة، أو أسلم المرتدون، فإنهم يستردون الأموال التي يجدونها في أيدي أهل العدل والمسلمين، فإن لم يجدوها بأعيانها بسبب استهلاك أهل العدل لها، أو تصرفهم بها، فلا حق لهم بالمطالبة بما ذهب، ولا يضمن أهل العدل ما هلك منها أو تلف، فكذا المفقود، يأخذ ما بقي من ماله، ولا حق له بما استهلك[٢].

واستدلوا لذلك بالقياس على اللقطة، فقد رأوا أن تملك الورثة لأموال المفقود بعد الحكم بموته يشبه تملُّك الملتقط اللقطة، فإذا قَدِمَ مالكها بعد الحول وتَمَلُّكِ الملتقط لها، وكانت اللقطة قد تلفت بيد الملتقط، فلا يجب ضمانها للمالك، إنما يجب الرد مع بقاء العين[٣]، وكذلك فلا ضمان على الورثة فيما أتلفوه من أموال المفقود التي قسمت عليهم إذا عاد بعد الحكم بموته.

٢ ـ من المعقول: وذلك من وجهين:

أ ـ إن اقتسام المال والتصرف فيه تم بناءً على حكم قضائي، وبمقتضى

---

(١) القواعد لابن رجب: ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧. الأم للشافعي: ٤/ ٩١. مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٤٠٢، ٤٠٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٤٠٤، ٤٠٧. أسنى المطالب للأنصاري: ٤/ ١١٣.

(٣) القواعد لابن رجب: ٢٢٠.

هذا الحكم صار كل منهم ماذوناً شرعاً بأن يتصرف فيما آل إليه من مال، وإذا جاز لهم أن يقتسموا المال ويتصرفوا فيه بحق، فلا ضمان عليهم؛ لأن تصرفهم به، أو استهلاكهم له تم بناءً على امتلاكهم له، وكيف يحكم بالضمان على من تصرف بمال أو أتلفه استناداً على ملكيته له؟ [١].

ب ـ إن اقتسام المال والتصرف فيه جاز في الظاهر، ولذلك فإن التصرف فيما يملكه المفقود من مال يعد موقوفاً على تنفيذه وإجازته ما دام المال موجوداً، فإذا ظهر المفقود بعد التلف، فقد مضى الحكم فيه ونفذ؛ لأن إجازته ورده إنما يتعلق بالموجود لا بغيره، كما إذا قدم بعد تزوج امرأته وموتها فلا خيار له ولا يرثها[٢].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون برد جميع أموال المفقود إليه وتضمين الورثة ما تلف من ماله بأيديهم أو استهلكوه بما يأتي:

إن عودة المفقود أو ثبوت حياته بعد قسمة ماله تظهر بطلان استحقاق الورثة لمال المفقود؛ لأن صاحبها مازال حياً، والوارث لا يستحق نصيبه في مال مورثه إلا بعد ثبوت موته، فعودة المفقود أو ظهوره حياً تجعل القسمة لاغية، وبناءً على ذلك يعد تصرف الورثة في مال المفقود تصرفاً في مال الغير، وهذا يمنح المفقود الحق في استرداد ما وجد من ماله بعينه، لثبوت عدم زوال ملكه عنه، ويرجع على من استهلك بقية أمواله ببدلها لتعذر ردها بعينها[٣].

---

(١) القواعد لابن رجب: ٢٢٠. الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٩ ـ ٣٤٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٨.

(٢) القواعد لابن رجب: ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(٣) ينظر: كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ٥٤٣. شرح النيل لأطفيش: ١٣/ ٥٦٨ ـ ٥٧٠.

الرأي المختار: يرى الباحث اختيار القول بأن يسترد المفقود ما يجده من ماله بيد الورثة، سواء أَوَجَده بعينه أم وجد قيمة ذلك المال، كالثمن الذي حل محله، وليس ثمة ما يدعو للتفريق بين أن يسترد المفقود ما بقي من أمواله، وبين أن يأخذ قيمتها المقابلة لها كالثمن إذا تصرف الورثة بالمال بنحو بيع وكان الثمن ما يزال بحوزتهم، إذ لا أثر لتغير صورة المال في حرمان المفقود من استرداده ما دام جوهر المال قائماً.

أما ما استهلكه الورثة من أموال المفقود أو أتلفوه منها، فإن الورثة لا يضمنون ذلك؛ لأن قسمة التركة تمت بناءً على حكم القاضي الذي اجتهد وحكم بموته، وهذا يفيد أن الورثة قد تصرفوا بحق نتيجة ملكيتهم لهذا المال، مما يحول دون تضمينهم، إذ كيف يصار إلى تمليكهم هذا المال وتسليطهم عليه، ثم يطالب هؤلاء بضمان ما أتلفوه أو استهلكوه من هذا الذي آل إليهم وملكوه، مع أن تصرفهم على هذا النحو لا يدخل ضمن الأسباب الموجبة للضمان عند الفقهاء(١)، إضافة إلى أن القول بالضمان يجعل الورثة الذين تصرفوا بحق والغاصبين لهذه الأموال على حد سواء دون إقامة أي وزن للحكم القضائي الذي استندوا إليه في تصرفهم.

ولا شك أن هذا القول فيه إضرار بالورثة، والضرر والإضرار منهي عنه، بقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»(٢). فلا بد إذاً من التمييز بين المال المستهلك أو

---

(١) ينظر للتوسع في أسباب الضمان: الفروق للقرافي: ٢/ ٢٠٨. المنثور في القواعد للزركشي: ٢/ ٣٢٣ ـ ٣٢٦. الأشباه والنظائر للسيوطي: ٣٦٢. حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٢٩. القواعد لابن رجب: ٢٠٤. البحر الزخار للمرتضى: ٥/ ١٧٣.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمحاضرة: ٢/ ٥٨. وقد سبق تخريجه في الباب الأول، ص: ١٥٢.

المتلف، وبين المال الموجود بيد الورثة بعينه، أو المتصرف فيه والموجودة قيمته تحت أيديهم، فلا يضمن الورثة ما أتلفوا أو استهلكوا ولا يرجع المفقود بشيء من ذلك عليهم، على حين يسترد ما بقي بيد الورثة من ماله.

ويرى الباحث أخيراً ضرورة أن يستثنى من ذلك استهلاك أو إتلاف الورثة للمال، إذا كانوا على علم بحياة المفقود، فإن ثبت ذلك، فللمفقود ساعتها أن يسترد أمواله الباقية بين أيديهم، ويمكنه أيضاً أن يرجع عليهم بقيمة ما استهلكوه أو أتلفوه؛ لأنهم تصرفوا بملك الغير دون وجه حق، ويشهد لذلك ما جاء عند الحنابلة من تمكين إعطاء المفقود الحق في تضمين البينة التي شهدت كذباً بوفاته، ما تلف من ماله؛ لأن شهادتها قد تسببت في استيلاء الغير على أمواله وإتلافها[1].

التفصيل في أقوال المذاهب الفقهية في أثر عودة المفقود على ماله:

١ ـ **الحنفية**: ذهب الحنفية إلى أن المفقود إذا عاد حياً بعد الحكم بموته وقسمة أمواله على ورثته، فإنه لا يسترد إلا ما بقي منها في يد الورثة، ولا يطالب بما ذهب[2].

ولم يتعرض الحنفية لحكم ما وقف للمفقود من أنصبة في تركة مورثيه الذين ماتوا أثناء فقده، غير أنه إذا حكم بموته، ورد النصيب الموقوف له إلى مستحقيه فتصرفوا فيه، أو استهلكوه جميعه أو بعضه، فإنه يأخذ ما بقي منه أيضاً، ولا يطالب بما ذهب قياساً على أمواله.

ولا بـد من الإشارة إلى أن الحنفية لم يتناولوا حكم عودة المفقود بعد الحكم

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/ ٤٢٣. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/ ١٩٩. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٥/ ٥٧٣.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧.

بموته إلا على نطاق ضيق جداً، حيث أهمات معظم كتب الحنفية البحث في تلك المسألة، ولم أجد في ذلك إلا ما جاء عند ابن عابدين ـ رحمه الله ـ في نقله قول الطحطاوي[١] في بيان أثر عودة المفقود على ماله، يقول ابن عابدين: «لكن لو عاد بعد الحكم بموت أقرانه، قال [الطحطاوي]: الظاهر أنه كالميت إذا أحيي والمرتد إذا أسلم، فالباقي في يد ورثته له، ولا يطالب بما ذهب»[٢].

٢ ـ **المالكية**: نص المالكية على أن المفقود إذا عاد بعد تقسيم تركته لم يمض القسم، ويرجع له متاعه[٣]، وهذا يفيد، أنه إن جاء بعد اقتسام أمواله فإنه يرجع على ورثته بجميع أمواله التي اقتسموها فيما بينهم، ولم يفرقوا في ذلك بين ما كان قائماً منها، وبين ما استهلك، أو تصرف فيه، وهذا الكلام يسري أيضاً على الأنصبة الموقوفة إذا رُدّت إلى ورثة مورثيه، فاستهلكوها أو تصرفوا بها.

٣ ـ **الشافعية**: لم يبحث الشافعية أثر عودة المفقود بالنسبة لأمواله بعد اقتسامها، إنما بحثوا حكم حضوره بعد تلف الموقوف له، فقد جاء في نهاية المحتاج ما يأتي: «لو تلف الموقوف للغائب كان على الكل، فإذا حضر استرد ما دفع لهم وقسم حسب إرث الكل»[٤].

---

(١) **الطحطاوي**: هو أحمد بن محمد بن إسماعيل الطهطاوي، ويقال له الطحطاوي، فقيه حنفي، اشتهر بكتابه حاشية الدر المختار في فقه الحنفية، ولد بطهطا بالقرب من أسيوط بمصر تعلم بالأزهر، ثم تقلد مشيخة الحنفية واستمر فيها إلى أن توفي بالقاهرة عام ١٢٣١هـ = ١٨١٦م، من كتبه أيضاً حاشية على شرح مراقي الفلاح. الأعلام للزركلي: ١/ ٢٤٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٩٧.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٨٢. حاشية الصاوي: ٢/ ٦٩٨. حاشية العدوي: ٢/ ٩٣. شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤/ ١٥٢. الفواكه الدواني للنفرواي: ٢/ ٤٢.

(٤) نهاية المحتاج للرملي: ٦/ ٣٠. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٩. حاشية الجمل: ٤/ ٣٠. حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/ ٣٦٠.

وهذا النص يدل على عدم تضمين أحد الورثة النصيب التالف، إنما يتحمله الجميع عند ظهوره حياً، هذا من جهة، ويدل من جهة ثانية على مشاركة المفقود للورثة في زوائد التركة، إذ صرح الشافعية بأن من فوائد استرداد التركة وتوزيعها على جميع الورثة بما فيهم المفقود حسب إرثه، مشاركته في الزوائد؛ لأن النماء الناتج عنها يسترد أيضاً، وبذلك يستفيد المفقود عند توزيع التركة ثانية من النماء الذي حدث فيها قبل عودته[١].

أما فيما يخص عودة المفقود بعد قسمة أمواله، فيمكن أن يخرج قولهم في هذه الصورة على حكم أموال البغاة التي يأخذها أهل العدل، فإنهم يستردون ما وجدوه، ولا يضمن أهل العدل ما أتلفوه منها، وكذلك المفقود يأخذ ما وجده ولا يطالب بما استهلك[٢].

٤ ـ **الحنابلة**: تعددت الروايات عندهم في أثر عودة المفقود على أمواله بعد الحكم بموته وتقسيم تركته على عدة روايات:

١ ـ ذهبوا في الرواية الصحيحة في المذهب إلى أن المفقود إذا قدم بعد قسمة ماله، فإنه يسترد ما وجد منه بعينه إن أمكن ذلك وكان المال بيد الوارث، أو تصرف فيه ببيع ونحوه، هذا إذا كان المال مازال عند الآخر قائماً بحاله، فللمفقود في هذه الحالة أن يأخذ عين ماله؛ لأن عودته أثبتت عدم انتقال ملكه عنه.

أما ما استهلكه الورثة من مال المفقود أو تصرفوا فيه بحيث لم يبق على

(١) حاشية الشرواني: ٦/ ٤٢٣. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: ٦/ ٣٠.

(٢) الأم للشافعي: ٤/ ٩١. وينظر: مغني المحتاج للشربيني: ٥/ ٤٠٢، ٤٠٦. نهاية المحتاج للرملي: ٧/ ٤٠٤، ٤٠٧.

حاله، فللمفقود أن يرجع عليهم بمثل المثلي وقيمة المتقوم[١].

٢ ـ وذهبوا في الرواية الثانية إلى أن المفقود يسترد من ماله ما وجده بين أيديهم، أما التالف بسبب استهلاكهم أو تصرفهم فيه، فليس للمفقود أن يرجع به عليهم؛ لأن المال قسم لهم بحق[٢].

٣ ـ أما الرواية الثالثة: فذهبوا فيها إلى أن الضمان لا يجب على الورثة مع التلف، وإنما يجب الرد مع بقاء العين[٣]، وبيان ذلك أنه لا ضمان على الورثة فيما تلف من مال المفقود، أو استهلك بيد الورثة، أو تلف بيد المتصرف إليه بعد التصرف فيه، ببيع أو هبة ونحو ذلك، أما ما كان قائماً منه سواء بيد الورثة أم بيد المتصرف إليه، فإن حق المفقود متعلق به ويجب أن يرد إليه.

النتيجة: يظهر للباحث أن المذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب بحثاً لأثر عودة المفقود فيما يخص أمواله بعد الحكم بموته، ثم يليه المذهب المالكي، على حين أن الحنفية والشافعية لم يتوسعوا في ذلك؛ ويبدو أن السبب في ذلك يعود إلى تفرد المالكية والحنابلة بالقول بقسمة أموال المفقود في الظروف التي يغلب عليه الهلاك فيها بعد الحكم بموته مباشرة دون انتظار لانقضاء مدة التعمير كبقية المذاهب.

فمال المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك ـ كمن فقد في زمن الوباء، أو المجاعة، أو الفتن بين المسلمين ـ يُقسم عند المالكية فور انتهاء السبب الذي

---

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٤/ ٤٦٦. تصحيح الفروع للمرداوي: ٥/ ٣٧ ـ ٣٨. مطالب أولي النهى للرحيباني: ٤/ ٦٣١. وقد اقتصر بعض الحنابلة في كتبهم على هذه الرواية ولم يذكروا غيرها كما فعل البهوتي في كشافه.

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٧/ ٣٣٩ ـ ٣٤٠. الفروع لابن مفلح، أبي عبدالله: ٥/ ٣٨.

(٣) القواعد لابن رجب: ٢٢٠.

فقد فيه، كأن يزول الوباء، أو أن ترتفع المجاعة، أو أن ينفصل الصفّان، أو بعد عام من انفصال الصفين على اختلاف في المذهب.

ويقسم مال من فقد في ظروف الهلاك عند الحنابلة بناءً على الحكم بموته بعد انقضاء أربع سنين، ومن الملاحظ هنا، أن عودة المفقود عند المالكية والحنابلة بعد هذه المدة القصيرة أمر محتمل ووارد، وإن فقد في ظروف مهلكة؛ لاحتمال نجاته، خلافاً لعودته بعد انقضاء مدة التعمير عند من اشترط ذلك، فإنها وإن كانت محتملة إلا أنها نادرة، وهذا يفسر سبب توسع المالكية، والحنابلة خاصة، في بيان الآثار المترتبة على عودته بالنسبة لأمواله، وعدم توسع الحنفية والشافعية في ذلك.

* * *

*** المطلب الثاني ـ أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في القانون:**

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أثر عودة المفقود على أمواله في الفقرة الثانية من المادة /٣٠٢/ والتي جاء فيها ما يأتي:

«إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة»[(١)].

والمقصود بالنصيب في هذه المادة ما وقف للمفقود من تركة مورثيه، وهذا ما بينته الفقرة الأولى من المادة السابقة، فإذا ظهر المفقود قبل الحكم بموته أخذ نصيبه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن عاد المفقود أو ظهر حياً بعد رد نصيبه إلى من يستحقه من

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لقصاب حسن: ٢٤. ينظر: المدخل إلى علم القانون لقاسم: ٣١٥.

الورثة، فإنه لا يأخذ إلا ما بقي من تلك الأموال بيد الورثة، وليس له أن يطالبهم بتعويضه ما أتلفوه، أو تصرفوا به من أمواله.

ويلاحظ على هذا القانون من خلال المادة السابقة، أنه اقتصر في بيانه لأثر عودة المفقود على الحصة الموقوفة للمفقود من تركة مورثه الذي توفي خلال مدة فقدانه، ولم يتعرض للإشارة إلى أمواله ذاتها، غير أن مفهوم المادة /٣٠٢/ يفيد إعطاء أموال المفقود الحكم ذاته، فإذا ظهرت حياته بعد الحكم بموته وقسمة أمواله فليس له أن يرجع على ورثته الذين اقتسموا تركته إلا بما بقي في أيديهم من تلك الأموال، أما ما أتلفوه، أو استهلكوه، أو تصرفوا فيه ببيع أو نحوه، فلا ضمان عليهم؛ لأنهم استندوا في تصرفهم بذلك المال على ملكيتهم له بناءً على الحكم بموته الذي صير أمواله ميراثاً لهم.

ويتفق القانون المصري مع القانون السوري في هذه المسألة إذ جاء نص المادة /٤٥/ من قانون المواريث المصري[1] مطابقاً تماماً للمادة /٣٠٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري، وهذا لا غرابة فيه، فإن القانون السوري اعتمد في كثير من مواده على القانون المصري.

ومرجع القانون السوري والمصري في هاتين المادتين هو المذهب الحنفي، وإحدى روايات الحنابلة، غير أن القانونين لم يسيرا على نهج الفقهاء

---

(١) نصت المادة /٤٥/ من قانون المواريث المصري رقم /٧٧/ لعام ١٩٤٣ على ما يأتي:
«يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه وقت موت مورثه، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة».

في هذه المسألة، إذ نصا على أثر عودة المفقود على نصيبه الموقوف له من تركة الغير، وأغفلا أثر ذلك فيما يخص أمواله، وحبذا لو تم تدارك هذا القصور والنص على أثر ذلك على أمواله.

❑ ❑ ❑

الخاتمة
وأهم النتائج والمقترحات

بعد هذه الدراسة لأحكام الغائب والمفقود، لا يسع أي منصف إلا أن يقر بدقة الأحكام في الفقه الإسلامي، وشمولها لكل صغيرة وكبيرة، ومناسبتها لكل وقت، واستيعابها لكل حادثةٍ تجد، ولا يسع المنصف إلا أن يعلن تقدم الفقه الإسلامي وأسبقيته في مختلف فروعه على قواعد القانون الوضعي قديماً وحديثاً، وليس ثمة وجه للمقارنة بين فقه مستمد من شريعة رب العالمين، وقواعد قانونية موضوعة من قبل بشر، تتحكم به الأهواء في كثير من الأحيان، أو يقف به العقل عاجزاً عند حدودٍ يرى أن فيها مصلحة كبيرة مع أنها تنطوي على فساد كبير، ولئن حاولت كثير من القوانين البشرية مضاهاة القانون الإلهي، فإنها إما أن تجد نفسها تابعة لشرع الله عز وجل في كثير من الأحيان في حال نجاحها جزئياً، أو أن الوقائع تثبت قصورها وفشلها من جهة الجوهر.

وتتلخص أهم النتائج والمقترحات التي توصلت هذه الدراسة إليها بما يأتي:

أولاً ـ أهم النتائج:

١ ـ الغائب أعم من المفقود، فالغائب يشمل كل من غادر موطنه أو مكان إقامته وعمله لأي سبب كان على نحوٍ أعجزه عن إدارة أمواله أو الإشراف عليها، ولم يتمكن من تدبير شؤونه، سواء أكانت حياته معلومة أم مجهولة، وسواء أكانت غيبته قريبة، أم بعيدة، أم منقطعة.

أما المفقود فإنه يقتصر على الإنسان الغائب الذي انقطعت أخباره لمدة

طويلة، وبعد البحث عنه بمختلف الوسائل لم يُكشف عن حاله، أحي هو أم ميت، فالمفقود ينطبق على بعض أفراد الغائب، خلافاً للغائب الذي يصدق على المفقود وغيره.

٢ ـ اجتمعت أقوال الفقهاء على أن الشخص الذي جُهلت حياته وموته يعد مفقوداً فيما عدا السجين والأسير، فالسجين يعد مفقوداً عند الجمهور، إذا انقطع خبره، وجهلت حياته، وتعذر الكشف عنه، خلافاً للمالكية الذين قالوا: إذا أمكن الكشف عنه فهو مفقود، وإن تعذر فلا يعد مفقوداً.

وكذلك الأسير، فإنه يعد مفقوداً إن لابس الجهل حياته وموته، بل ومكانه عند البعض، خلافاً للإمام مالك الذي قال بأن الأسير في أرض العدو لا يعد مفقوداً، سواء أعلم موضعه وخبره أم لم يعلم.

٣ ـ فرق الفقه الإسلامي ـ بشكل عام ـ منذ نشأة المذاهب بين الغائب والمفقود، حيث وصف أكثر الفقهاء غيبة المفقود بأنها منقطعة خلافاً لغيبة غيره، ولذلك فقد استخدموا هذا التعبير للدلالة على المفقود، غير أن هذا الأمر لم يسر بشكل مضطرد عند الفقهاء؛ لأنهم أطلقوا الغيبة المنقطعة على بعض الأفراد ولم يقصدوا بها المفقود، ويبدو أن ذلك ناجم عن عدم دراستهم للغائب والمفقود بشكل مقارن.

٤ ـ لم يقف الفقهاء عند حدود التفريق بين الغائب والمفقود، بل تجاوز كثير منهم ذلك ففرقوا بين المفقود في ظروف ظاهرها السلامة، والمفقود في ظروف ظاهرها الهلاك، وهذا ملحظ دقيق، يهدف إلى بناء الحكم على أسس قوية، وهذا التمييز وحده ـ ولست في صدد المقارنة ـ يظهر أفضلية القواعد التي قررها الفقه الإسلامي وأسبقيتها على غيرها من قواعد القانون الفرنسي وغيرها من التشريعات الأوربية التي ظلت إلى عهود قريبة جداً تطبق أحكاماً واحدة على مختلف أنواع الغائبين.

٥ ـ يجوز القضاء على الغائب في مختلف الحقوق المتعلقة بالعباد إذا توافرت البينة العادلة؛ لأن الظن المستفاد من إقامة البينة على الغائب، كالظن المستفاد من إقامتها على الحاضر، وهذا القول يحسم النزاع الذي شُرع القضاء بهدف تحقيقه، ويحفظ حق المدعي الحاضر دون اعتداء على حق الغائب الذي يملك نقض الحكم والطعن فيه عند عودته.

٦ ـ إن ضابط الغياب الذي يعتد به للقضاء على الغائب ينبغي أن يحدد بأن يبعد الغائب عن المحكمة مسافة القصر، فإن كان المدعى عليه أقرب من هذه المسافة فلا يعد غائباً، ولا يحكم عليه كما يحكم على الغائب إلا إذا امتنع عن الحضور أو توارى، أو تعزز لسلطةٍ يملكها، والحكم عليه في الحالات السابقة يتم لا لكونه غائباً بل لامتناعه وتواريه.

٧ ـ الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له جائز؛ وذلك حرصاً على المحافظة على البينة من الضياع، أما القضاء له فغير جائز إلا تبعاً؛ لأن النزاع بين الخصوم في حال غياب المدعى عنه لا يظهر إلا إذا كانت القضية مشتركة بين حاضر وغائب، فالمصلحة تقضي في الأخيرة أن يتم الحكم للحاضر، وللغائب تبعاً، حسماً للنزاع القائم فعلاً بطلب من المدعي الحاضر.

٨ ـ اضطربت أقوال الحنفية كثيراً في مسألة القضاء على الغائب وله، والمذهب عندهم عدم جواز ذلك، إلا أنهم لم يطبقوا هذا الأصل على سائر الفروع، وخروجاً من هذا التناقض، فينبغي أن يصار في هذا المذهب إلى القول بجواز القضاء على الغائب إذا صحت البينة المعتمدة في الحكم ولم يكن ثمة تحايل أو تزوير، صيانةً للحقوق، ودفعاً للحرج، ورفعاً للضرر، وتحقيقاً للمصلحة.

٩ ـ يجوز للغائب رجلاً كان أم امرأة أن يوكل غيره في تزويجه، ويمكنه أيضاً أن يباشر العقد بنفسه عن طريق الكتابة، شريطة أن يوثَّق الكتاب بالشهادة عند كتابته، وعند قراءته بعد وصوله؛ لأن المقصود من الإيجاب والقبول قد تحقق بذلك.

١٠ ـ لا أثر لغيبة الولي في إسقاط ولايته، ولا تسلب الولاية منه، ولا ينوب عنه غيره، طالما أمكن الانتفاع برأيه عن طريق مراسلته أو الاتصال به، فإن تعذر ذلك لأي سبب كان كالجهل بمكانه، أو انقطاع خبره، فإن الولي الأبعد الحاضر ينوب عنه في ذلك؛ لتعذر معرفة رأيه ومراعاة لمصلحة الفتاة.

١١ ـ يقع طلاق الغائب حال تلفظه به، أو لحظة فراغه من كتابته الطلاق، إذا كانت الكتابة واضحة الدلالة في التعبير عن إرادته الطلاق، ما لم يضفه إلى المستقبل، أو يعلقه على شرط؛ لأن الغياب لا يحول دون وقوع الطلاق، ولا أثر له أيضاً في تأخير نفاذه.

١٢ ـ ليس لزوجة الغائب أن تطلب التفريق بسبب غياب زوجها، إذا كانت غيبته لعذر مقبول، ولم يتعمد الإضرار بها، أما إن كان غير معذور في غيبته، أو تعمد الإضرار بزوجته، فللزوجة الحق في طلب التفريق بعد انتظارها مدة سنة، ويجيبها القاضي لذلك بعد مراسلة الزوج الذي أصر على الغياب وامتنع عن حمل زوجته إليه دون عذر.

١٣ ـ إذا تضررت زوجة الغائب نتيجة عدم إنفاق الزوج عليها، ولم تتمكن من تحصيل نفقتها الواجبة بقضاء أو غيره، ورفعت أمرها إلى القضاء طالبة التفريق، فإن الحاكم يجيبها إلى ذلك بعد إعذاره إن أمكن، سواء أثبت إعسار الغائب أم لم يثبت؛ لأن مدار الفسخ على الإضرار لا على ثبوت

الإعسار، وكذلك فإن امتناع الغائب عن الإنفاق يعد أحد الأعذار المبيحة للفسخ، إذ لا فرق عندها بين موسر ومعسر، ويمكن أن يستنتج من ذلك أن المناط المجيز للفسخ هو تعذر الإنفاق، فإذا تحقق جاز الفسخ.

١٤ ـ يملك الغائب أن يوكل غيره في المعاملات، والنكاح، والطلاق، والخلع، والصلح، وفي العقوبات من جهة الإثبات والاستيفاء؛ لأن الحاجة داعية إليها، فقد يتعذر على الغائب أن يعود؛ لعجزه أو مرضه أو انشغاله، وبالجملة فإن الغائب يستطيع أن يفوض غيره ما له فعله مما يكون قابلاً للنيابة، وله أن يستعيد هذا التفويض من وكيله فيعزله، سواء أكان الوكيل حاضراً أم غائباً، ولكن لابد لنفاذ ذلك من إعلام الوكيل مراعاة لجانبه، وحرصاً على عدم الإضرار به نتيجة القول بضمانه في حال تصرفه قبل علمه بعزل الموكل له.

وكذلك فإن الوكيل يملك عزل نفسه في غياب موكله ما لم يترتب على ذلك العزل إبطال حق الغير، أو إلحاق الضرر بالموكل، فإن العزل في هاتين الصورتين لا ينفذ إلا بعد إعلام الموكل.

١٥ ـ إذا عجز الغائب عن إدارة أمواله أو التصرف بها، واحتاج هذا المال الذي أشرف على الضياع أو الهلاك إلى بعض التصرفات بقصد حفظه، ولم يكن للغائب وكيل يتولى ذلك، فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة النظر في حفظ أموال الغائب بما يحقق المصلحة له فيقم من يحفظ أمواله، ويستوفي غلاته، ويعمر عقاره، ويسقي زرعه وثمره، ويرعى شؤونه؛ لأن القاضي نصب لتحقيق مصالح المسلمين، ومنها النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه كالغائب، ويشترط لتصرف القاضي أو القيم في مال

الغائب، أن تشرف هذه الأموال على الضياع أو الهلاك؛ لبعد غيبة صاحبها، وأن يتعذر الاتصال به لمراجعته.

١٦ - إذا كان المودع غائباً ولم يكن له ولي أو وكيل، وأراد الوديع دفع الوديعة لغيره دون عذر، فليس له أن يقوم بذلك؛ لأن دفع الوديعة للغير دون عذر يعد نوع تفريط بها، أما إن طرأ على الوديع عذر كمرض خطير، أو خشي هلاك الوديعة عنده لأي ظرف كان، أو عجز عن حفظها، فله أن يدفعها إلى الحاكم الثقة الأمين؛ لأن ذلك تعين طريقاً لحفظها، فإن تعذر الدفع إلى الحاكم أودعها عند أمين ثقة.

١٧ - نفقة زوجة الغائب واجبة على زوجها إذا غاب بعد دخوله بها، وهي واجبة عليه أيضاً في حال غاب قبل دخوله بها ما لم تمتنع منه؛ لأن الزوج باستطاعته أن يستمتع بها متى شاء، فإن لم يفعل فإن العذر يعد من جهته، وتأخر الزوج في استيفاء حقه لا يقتضي إسقاط حق المرأة؛ ولأن الزوجة محبوسة لمنفعة الزوج، وهذا ينتج لزوم نفقتها نظير ذلك، وإذا رفعت زوجة الغائب أمرها إلى القضاء طالبة فرض النفقة عليه، فإن القاضي يجيبها إلى ذلك، سواء أكان للغائب مال حاضر أم لم يكن.

١٨ - لا فرق في وجوب النفقة لمن يستحقها من الأقارب بين غائب وحاضر، فإذا كانت نفقة الأقارب واجبة على الحاضر، فهي واجبة على الغائب على حد سواء، وكل مال تجب النفقة فيه على الحاضر، فإن النفقة تجب فيه على الغائب.

١٩ - إن غياب الزوجة عن زوجها لسبب قاهر كمن حبست ظلماً أو غصبت، لا يسقط نفقتها؛ لأن فوات التسليم كان لسبب ليس من قبلها؛ ولأنها ما زالت محتبسة لحق الزوج.

فإن لم يكن ثمة سبب قاهر كمن غابت بسبب حبسها بحق أو في دين تستطيع الوفاء به، فلا نفقة لها، وكذلك فإن غيابها في سفر دون إذن الزوج يسقط نفقتها؛ لنشوزها، فإن أذن لها، فلها النفقة.

٢٠ ـ إذا لم يعلم الشفيع بما يوجب الشفعة له أثناء غيابه، فهو على شفعته وإن طالت مدة غيابه، فإذا علم بها وترك طلبها دون عذر، سقطت شفعته؛ لأن تركه ما وجب له وتراخيه في طلبه دون عذر، يعد قرينة دالة على إسقاط حقه بالشفعة وتنازله عنه.

٢١ ـ اعتمد الفقهاء في تحديد المدة المشترط مضيها للحكم بموت المفقود على الاجتهاد في أكثر الأحيان؛ ولذلك اختلفت أقوالهم كثيراً، والأولى عدم تحديد مدة معينة للحكم بموته، وتفويض أمر التقدير إلى القاضي العدل، الذي يجتهد في ذلك بحسب ظروف الفقدان وحالاته المختلفة، ويعتمد على القرائن التي رافقت حالة الفقدان؛ لأن حال المفقود تختلف من مكان إلى آخر، وظروف الفقدان تختلف من حالة لأخرى، فإذا انقضت المدة التي حددها القاضي بعد البحث عنه بمختلف الوسائل ولم يغد المفقود، ولم يظهر له أي خبر، حكم القاضي بموته.

٢٢ ـ إن مضي المدة التي حددها القاضي للحكم بموت المفقود غير كاف حتى يعد المفقود ميتاً، بل لابد لذلك من إصدار حكم قضائي بموته؛ احتياطاً لحق المفقود؛ ولأن أصل الحياة لا يعدل عنه إلا بيقين، وحسماً للخلاف الكبير في تحديد المدة.

٢٣ ـ إن تاريخ الموت الحكمي للمفقود هو ساعة صدور الحكم بموته، ولا فرق في ذلك بين ماله وزوجته.

٢٤ ـ إذا رفعت زوجة المفقود أمرها إلى القضاء وطلبت التفريق بينها وبين زوجها بناءً على الحكم بموته، فإن القاضي لا يجيبها إلى ذلك، ولا يحكم بموت زوجها المفقود إذا فقد في ظروف تغلب عليه السلامة فيها قبل أن يتبين أمره، أو تمضي مدة من الزمن يغلب على الظن أنه توفي فيها، ويوكل أمر تقدير هذه المدة إلى اجتهاد القاضي.

أما الزوج المفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها، فإن القاضي يحكم بموته، وتحصل الفرقة بذلك بعد البحث عنه واليأس من العثور عليه، إذا توافرت الأدلة والقرائن على هلاكه، فإن لم يكن ثمة أدلة أو قرائن ترجح هلاكه، فإن القاضي لا يحكم بالفرقة إلا بعد انقضاء أربع سنين.

وإذا تضررت الزوجة من غياب زوجها المفقود، سواء أكان فقد في ظروف السلامة أم في ظروف الهلاك، وخشيت ارتكاب الفاحشة، فللزوجة أن تطلب التفريق لغيبة زوجها، ويجيبها القاضي إلى ذلك بعد عام من فقدانه.

٢٥ ـ إن الفرقة الناجمة عن الحكم بموت المفقود تنفذ ظاهراً فقط، أما الباطن فموقوف، فإذا تبين موت الزوج وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً، وإلا فلا تقع إلا ظاهراً؛ وبناءً على ذلك فإن تصرفات المفقود فيما يخص زوجته من طلاق، أو ظهار، أو إيلاء، أو قذف، وغير ذلك، تقع وتلزم أحكامها، سواء أقام بها قبل الحكم بموته أم بعده؛ لقيام النكاح ظاهراً وباطناً قبل الحكم بموته؛ ولعدم بطلانه في الباطن بعد الحكم بموته.

٢٦ ـ إذا ترك المفقود ماله وديعة عند أمين، فإن هذا الوديع مكلف بحفظ الوديعة، فإذا احتاجت الوديعة إلى نفقة وكان ثمة حاكم أو قاض، فعلى الوديع أن يستأذنه في الإنفاق عليها؛ ليتمكن من الرجوع على صاحبها بما

أنفق إذا عاد، وله أن يتصرف بها ببيع ونحوه بعد استئذان الحاكم، إن خشي هلاكها.

فإذا طال زمن غياب المودع وأيس منه، فللوديع أن يتصدق بها شريطة أن يضمن قيمتها لصاحبها في حال عودته.

٢٧ ـ إذا غاب المفقود وترك ماله دون وكيل أو أمين، فإن القاضي هو الذي يتولى النظر في أمواله، فيعين من يتولى شؤون هذا المال ويرعاه ويحافظ عليه؛ لأن القاضي نصب لتحقيق مصالح المسلمين، غير أن حدود سلطة القاضي هنا أوسع قليلاً منها في مال الغائب؛ لأن مراجعة الغائب ممكنة وإن تأخرت، خلافاً لمراجعة المفقود، فإنها متعذرة نتيجة الجهل الذي يكتنف مصيره، والغموض الذي يعتري حياته.

٢٨ ـ إن تصرف القاضي أو قيمه في مال المفقود مقيد في حدود حفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع، وبما يحقق مصلحة المفقود، وعليه أن يختار من التصرفات ما هو أصلح لصاحب المال، فإن استطاع أن يحفظ المال بالإيداع أو الإجارة، فليس له أن يبيع، فإن تعين البيع طريقاً للحفظ جاز.

٢٩ ـ إذا اختارت زوجة المفقود المقام في عصمته، والصبر حتى يتبين أمره، وجبت نفقتها على المفقود، هذا إذا كان المفقود دخل بزوجته، فإن فقد قبل دخوله بها، فإن زوجته تستحق النفقة ما لم تمتنع عن تسليم نفسها، نظراً لكونها محتبسة لحقه، فإذا أخلت بهذا الاحتباس وخرجت عن طاعته سقطت نفقتها.

٣٠ ـ إذا ضرب القاضي لزوجة المفقود مدة تنتظر بها عودة زوجها؛ لكي يصار إلى الحكم بموته في حال عدم عودته أو الوقوع على خبره، فلا أثر لذلك

في إسقاط نفقتها إن كانت واجبة قبل مدة التربص؛ لأن زوجيتها مستمرة، وليس ثمة نشوز منها.

٣١ ـ إذا حكم القاضي بموت المفقود، فلا نفقة لزوجته في مدة العدة؛ لأن الحكم بموته يقوم مقام موته حقيقة.

٣٢ ـ يعد المفقود حياً في مدة فقدانه فيما يخص أمواله، وليس لورثته أن يقتسموا أمواله إلا بعد أن يثبت موته حقيقة، أو يحكم القضاء بموته بعد المدة المحددة لذلك.

٣٣ ـ ورثة المفقود هم الورثة الأحياء ساعة موته حقيقة أو حكماً، فإذا مات أحد الورثة قبل موت المفقود، أو قبل صدور الحكم بموته ولو بلحظة، فلا حق له في التركة؛ لانتفاء شرط الميراث، وهو تحقق موت المورث وكون الوارث حياً.

٣٤ ـ تنفذ وصايا المفقود عند الحكم بموته؛ لأن الوصية أخت الميراث، شريطة عدم ثبوت رجوع المفقود عن وصيته، ولا يستحق الموصى له الموصى به، إلا إذا كان حياً عند الحكم بموت المفقود (الموصي)، فإذا توفي الموصى له قبل الحكم بموت المفقود الموصي بطلت الوصية.

٣٥ ـ اختلف الفقهاء في مدى الاستفادة من حياة المفقود المستصحبة في إثبات الحقوق الإيجابية له من ميراث أو وصية، غير أن اختلافهم في ذلك لم يحل دون اتفاقهم على وقف نصيب المفقود من الميراث حتى يتبين أمره؛ لأنهم نظروا حال المفقود فوجدوا أن حياته كانت غير متيقنة وقت موت المورث، إذ يحتمل أنه كان حياً وقتها، كما يحتمل أنه كان ميتاً، فالشك الذي اعترى حياته حال دون توريثه، واحتمال كونه حياً حال دون حرمانه

من الميراث؛ ولذلك لجأ الفقهاء إلى إيقاف نصيب المفقود من تركة قريبه الذي يرث منه، حتى يزول الشك ويظهر حال المفقود.

٣٦ـ تصح الوصية للمفقود قبل الحكم بموته؛ لأنه حي حكماً، فإذا توفي الموصي خلال مدة فقدان الموصى له، فإن الوصية تجري مجرى الميراث، ولا يصار إلى القول ببطلان الوصية؛ لعدم القطع بوفاة الموصى له قبل موت الموصي، كما أن عدم التحقق من حياة المفقود الموصى له يحول دون إنفاذ الوصية، ولذلك يوقف المال الموصى به للمفقود حتى ينكشف حاله، أو يحكم بموته.

٣٧ـ المفقود أحق بزوجته إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته أثناء العدة، أو بعد انقضائها وقبل أن تتزوج من غيره، أو بعد عقد الثاني وقبل دخوله.

أما إذا ظهر المفقود حياً بعد انقضاء مدة التربص والعدة وكانت زوجته قد نكحت غيره، ودخل الأخير بها، فإن الزوج العائد مخير بين استعادة زوجته وبين صداقها.

٣٨ـ إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته وقسمة أمواله، فإنه يسترد ما يجده من ماله بيد الورثة، سواء أوجده بعينه أم وجد قيمة ذلك المال، كالثمن الذي حل محله، إذ لا أثر لتغير صور المال في حرمان المفقود من استرداد حقه مادام جوهر المال قائماً، أما ما استهلكه الورثة أو أتلفوه من أموال المفقود، فإن الورثة لا يضمنونه؛ لأنهم تصرفوا في حق آل إليهم بناءً على حكم القاضي الذي اجتهد وحكم بموت المفقود وقسمة أمواله.

٣٩ـ لم يتعرض الفقهاء لبحث الأحكام المتعلقة بالمفقود عند كونه زوجة إلا في إشارات نادرة، ومن خلال البحث في أحكام المفقود يمكن استنتاج الأحكام المتعلقة بالزوجة المفقودة على النحو الآتي:

أ ـ لا فرق في الأحكام بين الرجل والمرأة في الأمور المتعلقة بالأموال، فتستصحب حياة الزوجة إلى حين الحكم بموتها بعد انقضاء المدة المحددة لذلك، وبناءً على ذلك لا تقسم أموالها، ويوقف لها نصيب من تركة الغير في حال وفاة أحد مورثيها خلال مدة فقدانها حتى ينكشف حالها، فإذا انقضت المدة الواجب انتظارها قبل الحكم بموتها ولم يعرف حالها، حكم القاضي بموتها، ويرثها الزوج إذا كان حياً ساعة الحكم، وكانت في عصمته؛ لقيام الزوجية، وهي أحد أسباب التوارث.

ب ـ أما الأحكام المتعلقة بالزوج، فإنها تختلف عن الأحكام المتعلقة بالزوجة؛ ذلك أن الزوج يملك إنهاء الرابطة الزوجية بطلاقه لها، وله أن يبقيها في عصمته إن رغب في ذلك لحين الحكم بموتها.

ج ـ إذا رغب زوج المفقودة الزواج بأخرى، فإن الله تعالى أباح له أن ينكح من النساء مثنى وثلاث ورباع، فللمفقود أن يجمع أربع نسوة عند الجمهور بما فيهن الزوجة المفقودة؛ لاستصحاب زوجيتها، إذ لا أثر للفقدان على فصم عرى الزوجية، فإذا كان جامعاً لأربع نسوة، وكانت إحداهن مفقودة، فليس له أن يعقد على خامسة إلا بعد أن يُحكم بموت المفقودة، أو أن يطلق إحداهن.

فإذا حكم القضاء بموت الزوجة المفقودة، كان له أن يعقد على أخرى عقب الحكم مباشرة؛ لزوال الزوجية، أما إن طلق إحداهن، فليس له أن يعقد على خامسة إلا بعد انقضاء عدة المطلقة وإن كان الطلاق بائناً؛ لأن نكاحها باق من جهة بعض الأحكام، وهذا عند الحنفية والحنبلية، واشترط المالكية والشافعية وجوب انتظاره في الطلاق الرجعي؛ لأنها في حكم الزوجة، أما البائن فله أن يعقد على سواها في عدتها؛ لأنها أجنبية منه.

د ـ إذا عادت الزوجة المفقودة، فإنها تعود إلى زوجها ما لم يكن طلقها، أو تزوج برابعة سواها، فإن كان طلقها وبانت منه بينونة صغرى، لم ترجع إليه إلا بعقد ومهر جديدين، وإن بانت منه بينونة كبرى، فلا سبيل لعودتها إليه إلا أن تنكح زوجاً غيره وتنقضي عدتها.

وإن كان تحته أربع نسوة سواها، فلا ترجع إليه إلا إذا طلق إحداهن، فإن لم يفعل كان كمن اختار زوجاته الأربع وفارق الزوجة المفقودة العائدة.

* * *

ثانياً ـ أهم المقترحات:

أظهرت هذه الدراسة العديد من الثغرات في قانون الأحوال الشخصية السوري، ولهذا فإن الباحث يقترح تعديل العديد من مواد هذا القانون بشكل جذري، أو إضافة بعض القيود عليها تفادياً للنقص وترميماً للخلل، وسآتي على ذكر التعديل المقترح في مواد هذا القانون بحسب ترتيب هذه المواد في قانون الأحوال الشخصية السوري، وذلك على النحو الآتي:

أ ـ **المادة /٧٨/**: نصت هذه المادة على الحكم بالنفقة للزوجة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا يحكم للزوجة بالنفقة إلا لمدة أربعة أشهر سابقة للادعاء والنص المقترح هو:

١ ـ يحكم للزوجة بالنفقة الماضية من تاريخ توقف الزوج عن الإنفاق الواجب عليه أو امتناعه عن الإنفاق، سواء أكان حاضراً أم غائباً.

٢ ـ تراعى حال الزوج من ملاءة أو إعسار في أداء ما ترتب عليه من النفقة الماضية.

ب ـ **المادة /١٠٩/**: تناولت هذه المادة حكم التفريق للغيبة، وتقترح هذه الدراسة تعديل هذه المادة لتصبح على النحو الآتي:

١ ـ إذا غاب الزوج دون عذر مقبول، جاز لزوجته بعد انقضاء عام من الغياب أن تطلب التفريق؛ لتضررها من غيبة زوجها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢ ـ يشترط قبل إيقاع الفرقة مراسلة الغائب إن عرف مكانه وإنذاره بوجوب العدة أو نقلها إليه أو طلاقها خلال مدة يضربها القاضي له، فإن لم يفعل أياً من ذلك، ولم يكن ثمة عذر مقبول، حكم القاضي بالفرقة.

٣ ـ إذا حُكم الزوج بعقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات فأكثر في جرم شائن، كان لزوجته الحق في طلب الفرقة بعد مضي عام على سجنه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه؛ لأن عقوبة السجن في الجرم الشائن تعد عذراً غير مقبول.

٤ ـ إذا حكم القاضي بالفرقة بسبب الغياب أو السجن، فإن هذا التفريق يقع فسخاً.

ج ـ **المادة /١١٠/**: نصت هذه المادة على حكم التفريق لعدم الإنفاق، وتقترح هذه الدراسة تعديل هذه المادة على النحو الآتي:

١ ـ يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق عليها ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت الزوج عجزه عن النفقة، فإذا أثبت عجزه أمهله القاضي مدة أقصاها ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

٢ ـ إذا غاب الزوج غيبة قريبة، ولم يكن له مال ظاهر تنفق منه، وتعذَّر على الزوجة الإنفاق أو الاستدانة عليه، كان لزوجته الحق في طلب الفرقة؛

لحاجتها للنفقة، ويجب على الحاكم أن يرسل إلى زوجها فيخيره بين العودة أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة أقصاها ثلاثة أشهر فإن لن يفعل فسخ نكاحه.

٣ ـ إذا غاب الزوج غيبة بعيدة وكان مجهول المكان، أو كان مفقوداً، ولم يترك لزوجته مالاً ظاهراً تنفق منه، جاز لزوجته طلب التفريق، إذا تعذر عليها الإنفاق على نفسها، أو الاستدانة على زوجها، ويمهل القاضي الزوج مدة أقصاها شهراً واحداً عساه يعود، أو يرسل النفقة، فإذا انقضت المدة ولم يرجع، ولا قُدر له على مال، ولم تسقط الزوجة نفقتها عنه، فسخ القاضي نكاحه.

٤ ـ التفريق لعدم إنفاق الحاضر أو الغائب إذا أوقعه الحاكم كان فسخاً.

د ـ **المادة /٢٠٢/**: بينت هذه المادة حد المفقود، وتقترح هذه الدراسة تعديلها لتكون على النحو الآتي:

المفقود هو كل شخص غاب وانقطعت أخباره، وبعد مضي مدة من الزمن من البحث عنه بمختلف الوسائل لم يعرف حاله أحي هو أم ميت.

هـ ـ **المادة /٢٠٣/**: نصت هذه المادة على ما يأتي: «يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه»، وتوصي هذه الدراسة بتقييد إلحاق الغائب بالمفقود في حالة إقامة وكيل قضائي عنه، أو أن تعدل المادة السابقة لتصبح على النحو الآتي:

١ ـ يقيم القاضي وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية إذا مضت مدة عام أو أكثر على غيابه وتعطلت بذلك مصالحه ومصالح غيره وذلك في الحالات الآتية:

١ ـ إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته.

٢ ـ إذا كان غائباً عن موطنه غيبة غير منقطعة، وكان محل إقامته أو موطنه مجهولاً، أو كان مكانه معلوماً ولكن يستحيل عليه إدارة شؤونه أو الإشراف على أموره بنفسه.

٢ ـ إذا كانت أهلية الغائب معدومة أو ناقصة، فإن الولي، أو الوصي، أو القيم هو الذي يتولى رعاية شؤونه.

و ـ **المادة /٢٠٦/**: وقد نصت هذه المادة على أن الوكيل القضائي يسري عليه ما يسري على الوصي من أحكام، وذلك في إحالة المادة /١٨٢/ وتقترح هذه الدراسة النص على تعديل الفقرتان (د،هـ) اللتان تفيدان جواز إيجار عقار الغائب والمفقود لمدة أقل من ثلاث سنوات دون إذن من المحكمة، أو أن ينص صراحة على عدم جواز إجارة محلات الغائب أو المفقود التجارية على النحو الآتي:

ليس للقاضي أو قيمه القيام بإيجار محلات الغائب أو المفقود التجارية مطلقاً.

ز ـ **المادة /٢٠٥/**: نصت هذه المادة على كيفية الحكم بموت المفقود، وتوصي هذه الدراسة بتعديل هذه المادة لتصبح على النحو الآتي:

١ ـ أ ـ يحكم بموت المفقود في ظروف ظاهرها السلامة بعد مدة يغلب على الظن أن المفقود لا يحيا لمثلها على أن لا تقل على أربع سنوات.

ب ـ أما المفقود في ظروف ظاهرها الهلاك، فإن القاضي يحكم بموته بعد البحث عنه واليأس من العثور عليه، إذا توافرت الأدلة والقرائن التي ترجح هلاكه، كمن انفجرت به الطائرة التي يستقلها، أو احترقت به السيارة،

وغير ذلك، فإن لم يكن ثمة قرائن أو أدلة ترجح هلاكه، فإن القاضي يحكم بموته بعد انقضاء أربع سنوات من تاريخ فقدانه.

٢ ـ لا يضرب القاضي مدة للحكم بموت المفقود، ولا يحكم بموته، إلا بعد أن يثبت لديه من خلال البحث والتحري بمختلف الوسائل عدم الوقوف على حياة المفقود أو موته.

٣ ـ لا يعد المفقود ميتاً بانقضاء المدة وحسب، بل لابد لذلك من صدور حكم قضائي في مختلف حالات الفقدان، وبناءً على ذلك تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الأحياء وقت صدور الحكم، وتنفذ وصاياه إذا كان الموصى له حياً ساعة صدور الحكم.

ح ـ **المادة /٣٠٢/**: تناولت هذه المادة حكم ميراث المفقود من مورثه وأثر عودة المفقود على نصيبه الموقوف له إذا قسم على الورثة بعد الحكم بموته، وتقترح هذه الدراسة تعديل هذه المادة لتصبح على النحو الآتي:

١ ـ يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته، رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه.

٢ ـ يأخذ بقية ورثة المتوفى مع المفقود أقل النصيبين، وهو المقدار الذي لا ينقص عنه، على احتمال حياة المفقود، وعلى فرض مماته.

٣ ـ إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته وقسمة أمواله وما وقف له، أخذ ما بقي بيد الورثة من أمواله من النصيب الموقوف له، سواء أوجده بعينه أم وجد قيمة ذلك المال.

٤ ـ لا يرجع المفقود على الورثة بما استهلكوه أو أتلفوه بعد قسمة أمواله بناءً على الحكم بموته، إلا إذا ظهر سوء نية الورثة، كأن يثبت للقاضي أن الورثة كانوا على علم بحياة المفقود.

ط ـ المادة /٣٠٥/: نصت هذه المادة على وجوب العمل بالراجح في المذهب الحنفي فيما أهمله هذا القانون، ويقترح الباحث تعديل هذه المادة على النحو الآتي:

يعمل بالراجح في المذهب الحنفي في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، وذلك في المسائل التي استمد القانون فيها مواده من المذهب الحنفي، أما المواد التي أخذها من بقية المذاهب فيعمل بالراجح من تلك المذاهب في كل ما أغفله القانون.

ي ـ لم يتعرض القانون لأثر عودة المفقود فيما يخص زوجته كما بين أثر عودته على ماله؛ ولذلك فإن هذه الدراسة تقترح النص على أثر ذلك على زوجته على النحو الآتي:

إذا عاد المفقود، أو ثبتت حياته، فهو أحق بزوجته ما لم تتزوج، فإن تزوجت فهو أحق بها إن ظهر حياً قبل دخول الثاني، أما بعد الدخول، فهو بالخيار بين زوجته وبين المهر الذي ساقه إليها.

تلك هي بعض القطوف من ثمرات هذه الرسالة التي أحمد الله تعالى أن هيأ لي أسباب إتمامها بعد طول عناء، فله تبارك وتعالى المنة والفضل وله الثناء الحسن.

وأخيراً أقول: هذا جهد المقل، فإن أصبت فبمحض توفيقه وعنايته، فله الحمد، وإن أخطأت، فذلك شأني وهو مني، فأسأله تعالى أن يتجاوز عني، وأن يغفر لي ما بدر مني من تقصير، وما وقعت فيه من زلل، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم.

والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

❑ ❑ ❑

الفهارس العامّة

١ - فهرس الآيات القرآنية

٢ - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

٣ - فهرس الآثار

٤ - فهرس ترجمة الأعلام

٥ - فهرس المصادر والمراجع

٦ - الفهرس التفصيلي

١ ـ فهرس الآيات القرآنية

الآيـــة	الســورة	الصفحة
﴿يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ﴾	البقـــرة: ٣	٢١
﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾	البقرة: ١١٩	٢٢٢
﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾	البقرة: ٢٢٨	٣٢٤، ٣٢٧
﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾	البقرة: ٢٢٨	٣٣٣
﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة: ٢٢٨	٢٣٢
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	البقرة: ٢٢٩	٢٠٨، ٢٢٣، ٢٣٢، ٢٤٥، ٢٧١، ٢٧٦، ٢٧٨
﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾	البقرة: ٢٣١	٢٧١، ٢٧٩، ٥٦٧
﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ﴾	البقرة: ٢٣٦	٢١٣، ٣١٩
﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ﴾	البقرة: ٢٣٦	٢٧٩
﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾	البقرة: ٢٣٦	٣٢١
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ﴾	البقرة: ٢٣٣	٣٩٤
﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾	البقرة: ٢٣٤	٦٠٦
﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾	البقرة: ٢٣٧	٣١٦، ٣١٨، ٣٢٢
﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	البقرة: ٢٤١	٣١٩

الآيـــــة	الســـورة	الصفحة
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	البقرة: ٢٨٠	٢٦٥، ٢٧٦
﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾	البقرة: ٢٨٣	١٠٨
﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	البقرة: ٢٨٦	٢٢٤، ٢٦٦، ٢٧٦
﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾	النســاء: ٣	١٨٣
﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	النســاء: ٤	٣١٣
﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	النســاء: ١٩	٢٤٥
﴿أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾	النســاء: ٢٠ ـ ٢١	٣١٤، ٦٠١
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾	النســاء: ٢٤	٧١٠، ٧٢١
﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	النســاء: ٢٤	٣١٣، ٣١٤
﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ﴾	النســاء: ٣٥	٣٣٨
﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ...﴾	النســاء: ٣٤	٤٧٧
﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾	النســاء: ٣٤	٢٣١
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	النســاء: ٥٨	٣٨٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾	النساء: ١٣٥	٧٧، ٩٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائــدة: ١	٦٥٥
﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾	المائدة: ٤٩	٧١، ٧٨
﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ ...﴾	المائدة: ٩٣	٣٤٩
﴿لِأُنذِرَكُم بِهِ وَمَن بَلَغَ﴾	الأنعام: ١٩	٢٢٠
﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ...﴾	التوبــة: ٦٠	٣٣٨

الآيــــة	الســورة	الصفحة
﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ﴾	يوسف: ٧٢	٣٢
﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	الحـج: ٧٨	٢٩٤
﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ .... أَجْرًا عَظِيمًا ﴾	الأحـزاب: ٢٨ ـ ٢٩	٢٦٨
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ...﴾	الأحزاب: ٤٩	٣٢٤
﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾	ص: ٢٦	٨٥، ٩٨
﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾	الطـلاق: ١	٢٠٨، ٢١٣، ٢٢٣
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾	الطـلاق: ٢	٧٨، ٩٣، ١٠٤
﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ ﴾	الطـلاق: ٤	٣٢٤، ٣٢٧
﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾	الطـلاق: ٤	٣٢٧، ٦٠٦
﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ... حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾	الطـلاق: ٦	٢١٣، ٣٢٨
﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ... إِلَّا مَا آتَاهَا﴾	الطـلاق: ٧	٢٦٦، ٣٩٤
﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾	الطـلاق: ٧	٣٩٤

٢ - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الحديث	الصفحة
أبغض الحلال إلى الله الطلاق	٢٠٨
أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك	٣٨٢
إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضين وهو . . .	٨٨
إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب	٧١
أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين	٥٣٨
أفلا تخرجون مع راعينا في إبله	٨٠
اقض بينهما بالحق	٨٩
أمر رسول الله ﷺ زوج المختلعة أن يأخذ ما أعطاها	٧٣١
امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان	٥٦٤
التمس ولو خاتماً من حديد	٣١٣
إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم	٤٦٣
إن أولادكم هبة الله لكم يهب لمن يشاء إناثاً، ويهب لمن يشاء . . .	٤٦٣
إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك . . .	٨٦
أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم. . .	٤٩٠
أن رسول الله ﷺ وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة	١٩٠
أن رسول الله ﷺ كان إذا اختصم الرجلان عنده . . .	٨١
أن النبي ﷺ تزوج عائشة في السادسة من عمرها	٤٠١
أنت ومالك لأبيك	٤٥٦
إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي . . .	٨٧، ٥٩٩
إنما الشفعة كنشط عقال، إن قيد مكانه ثبت	٥٠٠
البينة على المدعي	٨٠، ١٤٤
الجار أحق بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً	٥٠٢
الجار أحق بصقبه	٥٠٢

الحــــــديث	الصفحة
خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك	٧٩، ٢٦٦، ٦٦٠
خَيْرُ الصدقة ما كان عن ظهر غنى	٢٧٢
الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرَّق بينهما	٢٧٢
السلطان ولي من لا ولي له	١٩٧، ٢٠٠
الشفعة كحَلِّ العقال	٥٠٠
الشفعة لمن واثبها	٥٠١
صدق سلمان	٢٣٤
طلب النبي ﷺ من علي رضي الله عنه أن يرد الودائع إلى أهلها	٣٨٧
فاتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمان الله . . .	٣٩٤
فراش للرجل، وفراش لامرأته وفراش للضيف، والرابع للشيطان	٢٣٣
فشريكه أحق به حتى يؤذنه	٤٩٢
فكلوا من أموالهم	٤٦٣
لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك	٢٣٠، ٢٣٧
لا شفعة لغائب ولا لصغير، والشفعة كحل العقال	٤٩٤
لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تَحِدَّ	٦١٥
لا ضرر ولا ضرار	٢٤٣، ٢٧٣
ليس على المستعير غير المغل ضمان	٦٣٠
ليس لك عليه نفقة	٢٠٩، ٢١٥
من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم	٧٢
هن حولي كما ترى يسألنني النفقة	٢٦٧
واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها	٣٤٢
وفاء لا غدر فيه	٦٣٠
وكل رسول الله ﷺ أحد أصحابه في شراء أضحية	٣٣٩
وكل رسول الله ﷺ عروة البارقي رضي الله عنه بشراء شاة	٣٣٨
يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟	٢٣٢
يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج	١٨٣

٣ ـ فهرس الآثار

الأثــــر	صاحب الأثر	الصفحة
إذا جاء الأول خير بين الصداق الأخير وبين امرأته	علي بن أبي طالب	٧٤٤
إذا جاء الأول خير بين الصداق وبين امرأته	علي بن أبي طالب	٧٤٣
إذا فقد في الصف تربصت امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع . .	سعيد بن المسيب	٥٨٣
إذا كان العام المقبل فانشد الرجل في المكان الذي اشتريت منه . . .	ابن عباس	٦٣٢
أما بعد أيها الناس، فإن الأُسَيْفِعَ: أسيفع . . .	عمر بن الخطاب	٧٣
أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة . . .	عمر بن الخطاب	٧٣
أمر عمر امرأة المفقود الذي سبته الجن بالتربص أربع سنين . .	عمر بن الخطاب	٥٦٨
أمر عمر امرأة المفقود أن تتم أربع سنين، ثم تعتد . . .	عمر بن الخطاب	٥٦٩
أمر عمر امرأة المفقود أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه . .	عمر بن الخطاب	٥٩٠
أن ابن مسعود رضي الله عنه وافق علياً على أن تنتظره أبداً [زوجة المفقود]	ابن مسعود	٥٦٥
أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قضى بالشفعة بعد بضع عشرة سنة	عمر بن عبد العزيز	٥٠٣
إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول . . .	عمر بن الخطاب	٧١٧
إن كانت لم تَنْقَضِ عدتها ورثها . . .	الشعبي	٢١٢
انطلقي فتربصي أربع سنين، ثم أتته، فقال: انطلقي فاعتدي أربعة أشهر	عمر بن الخطاب	٦٠٨
إن لربك عليك حقاً، ولنفسك عليك حقاً . . .	سلمان	٢٣٤

الأثـــــر	صاحب الأثر	الصفحة
أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين	عمر بن الخطاب	٥٦٧
أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة	عمر بن الخطاب	٧٣٤
تربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة.	ابن عباس	٥٦٨
تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك	علي بن أبي طالب	٦٠٨
تواسيه، وتتقي الله عز وجل وتصبر، وينفق عليها ما استطاع	الحسن البصري	٢٧٠
حادثة عمر مع زوجة الغائب وتوقيته للناس في مغازيهم ستة أشهر . . .	عمر بن الخطاب	٧٢٤
خبر عمر في الذي استهوته الجن بعد أن عاد ووجد أن زوجته قد نكحت غيره، أنه خيره بينها وبين الصداق	عمر بن الخطاب	٧٢٤
خير عثمان المفقود العائد بين الصداق وبين امرأته	عثمان	٧٢٥
رحم الله أمير المؤمنين، ما بال الصداق وبيت المال	علي بن أبي طالب	٧٣٣
سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته . .	سعيد بن المسيب	٢٧٣
سئل الزهري عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته . . فقال: يُسْتَأنى به . .	الزهري	٢٧٠
قضى ابن الزبير في التي ينعى إليها زوجها فتتزوج ثم يجيء . . .	ابن الزبير	٧٢٥
قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً، أو أرخى حجاباً، فقد . . .	زرارة بن أبي أوفى	٣٢٥
قضى عثمان في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر . . .	عثمان بن عفان	٥٦٨
قضى عمر في امرأة المفقود بأن تتربص . . ثم تعتد ثم يطلقها ولي زوجها	عمر بن الخطاب	٥٦٨
قضاء كعب في المرأة التي جاءت تشتكي تعبد زوجها الطويل لعمر	كعب	٢٣٥

الأثـــــر	صاحب الأثر	الصفحة
كتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم . . .	عمر	٢٧٤
كتب في امرأة المفقود تلوم ـ أي تنتظر ـ وتصبر	عمر بن عبد العزيز	٥٦٥
اللهم عن فلان، فإن أتى فلي وعلي	بن مسعود	٦٣١
ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها إلا ما وجدت. . .	عطاء	٢٧٠
مكن عمر المفقود من أخذ زوجته عند عودته	عمر بن الخطاب	٥٩٩
هي امرأة ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها البيان	علي	٥٦٤
هي امرأة ابتليت فلتصبر، ولا نأخذ بقول من فرق بينهما	سفيان الثوري	٢٧١
يا رسول الله: لو رأيتَ بنت خارجة سألتني النفقة . . .	أبو بكر	٢٦٨

❑ ❑ ❑

٤ ـ فهرس ترجمة الأعلام

العلم	الصفحة
ابن الصلاح	٢٩٧
ابن تيمية	٢٥٨، ٧٢٨
ابن جريج	٢٦٩
ابن حبَّان	١٠١، ٤٩٦
ابن حجر العسقلاني	٨٨
ابن حجر الهيتمي	٢٩١
ابن حزم	٧٨
ابن شبرمة	٧٧
ابن عابدين	٣٦
ابن عباس	٥٦٨
ابن عبد البرّ	٧٢٤
ابن عقيل	٢٥٩
ابن نجيم	٣٥
أبو بكر الصديق	٢٦٧
أبو حنيفة	١٦٣
أحمد بن حنبل	٧٥
أشهب	٥٤٦
أصبغ	١٣٧
أم حبيبة	١٨٥
أنس بن مالك	٨٠
أُنَيْس	٣٤٢
الأوزاعي	٧٥
البخاري	١٠٨
البزار	٥٠٤
ابن قاضي سماونة	١٨١
الرملي	١٥٧
زفر	١٩٦
زيد بن أسلم	٢٤٧
الزيلعي عثمان بن علي	٥٣٤
زين العابدين	٧٧
السرخسي	١٥٤
أبو عمرو بن حفص	٢٠٩
كعب بن سور الأزدي	٢٣٥
الكمال بن الهمام	١٥٣
لقمان	٩٠
ابن المنذر	٧٥
ميمونة	١٩١
أبو رافع	١٩٠
أم سلمة	٨٧
بنت خارجة	٢٦٧
خالد بن نافع الأشعري	٩٧
الخرشي	٣٩
الزيلعي جمال الدين	٥٠٧
الخرقي	٢٨٧
الخطابي	١٠٨
الدارقطني	١٠٣
أبو داود	١٠٠
أبو الدرداء	٢٣٣

العلم	الصفحة
البلقيني	١٣٦
البيهقي	٢٨١، ٤٩٦
الترمذي	١٠١
الثَّوري	٧٧، ٢٧٠
جابر	٢٣٣
الجرجاني	٣٣
الجصاص	٩٢
الحاكم	١٠٣
الحسن بن يسار البصري	٢٦٤
حفصة	٢٤٨
حنش الصنعاني	١٠٠
سماك بن حرب	١٠٠
سوار بن مصعب	٥٧٢
الشافعي	٥٩
شريح القاضي	٧٦
شريك	١٠٠
شعبة	٥٠٦
الشعبي	٢١٢، ٢٧٥
الشوكاني	١٠١
الصنعاني	٢٨٠
الطحطاوي	٧٥٩
عائشة	٧٨
عبد الرحمن البيلماني	٤٩٥
عبد الرزاق الصنعاني	٥٠٥
عبد العزيز بن رفيع	٦٣٢
عبد الله بن الزبير	٨٢
عبد الله بن عمر	٥٠٤

العلم	الصفحة
الدسوقي	٢٥٦
الرافعي	٩٤
رفاعة القرظي	٢٣٠
الروياني	٢٩٧
زرارة بن أبي أوفى	٣٢٥
أبو زرعة الدمشقي	٤٩٦
أبو الزناد	٢٧٣
الزهري	٤٧
سعيد بن المسيب	٢٧٣
أبو سفيان	٧٩
سلمان الفارسي	٢٣٣
علي بن أبي طالب	٨٢
عمر بن الخطاب	٧٣
عمر بن عبد العزيز	٧٦
عمرو بن العاص	٧١
عمرو بن عثمان	١٠٥
فاطمة بنت قيس	٢٠٩
ابن فرج القرطبي	٨٠
ابن القاسم	١٦٤
ابن القطّان	٥٠٤
ابن القيم	٧٢٧
الكرخي	٤٦٩
ابن أبي ليلى	٧٧
الليث	٧٦
ابن الماجشون	٧٤
مالك بن أنس	٣٨
ابن مسعود	٥٧٥

العلم	الصفحة
عبد الله بن عمرو	٢٣٢
عبد الملك بن أبي سليمان	٥٠٦
عثمان البتي	٤٩٢
عثمان بن عفان	٨٢
عروة البارقي	٣٣٨
العز بن عبد السلام	١١١
عطاء بن أبي رباح	٢٦٩
العكلي	٤٩٢
النجاشي	١٨٥
النخعي	٤٩٢
النووي	٤١

العلم	الصفحة
محمد بن شرحبيل	٥٧٢
محمد بن الحسن الشيباني	١٤٠
هند	٧٩
محمد بن عبد الرحمن البيلماني	٤٩٥
معاوية بن أبي سفيان	٨١
المغيرة بن شعبة	٥٦٤
المنهال بن عمرو	٥٩٠
أبو موسى الأشعري	٧٣
أبو يعلى الفراء	٢٢٩
أبو يوسف	١٣٩

□ □ □

٥ ـ المصادر والمراجع

ـ القرآن الكريم.

* **أولاً ـ كتب تفسير القرآن الكريم:**

ـ **أحكام القرآن لابن العربي**، أبو بكر محمد بن عبد الله، المعروف بابن العربي، (ت ٥٤٣هـ)، تعليق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، د.ت.

ـ **أحكام القرآن للجصاص**، أحمد بن علي الرازي الجصاص، أبو بكر، (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ.

ـ **أحكام القرآن للشافعي**، أبو عبد الله، محمد بن إدريس الشافعي، (ت ٢٠٤هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **تفسير الجلالين**، جلال الدين المحلي، (ت ٨٦٤هـ)، وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (ت ٩١١هـ)، دار الحديث ـ القاهرة، ط١، د.ت.

ـ **تفسير الخازن**، «لباب التأويل في معاني التنزيل»، علاء الدين بن محمد البغدادي، (ت ٧٥٢هـ)، دار الفكر، د.ط، د.ت.

ـ **تفسير الطبري**، «جامع البيان»، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري، أبو جعفر، (ت ٣١٠هـ)، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ.

ـ **تفسير القرآن العظيم**، الحافظ إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، (ت ٧٧٤هـ)، ضبط: حسين زهران، دار الفكر ـ بيروت، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

ـ **تفسير النسفي**، «مدارك التنزيل وحقائق التأويل»، عبد الله أحمد بن محمود النسفي، (ت ٧١٠هـ)، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **الجامع لأحكام القرآن**، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، (ت ٦٧١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.

ـ **زاد المسير في علم التفسير**، عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، (ت ٥٩٧هـ)، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٤هـ.

ـ **زبدة التفسير من فتح القدير للشوكاني**، محمد سليمان الأشقر، الدار المتحدة للطباعة والنشر ـ دمشق، ط٤، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

ـ **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، محمد بن علي الشوكاني، (ت ١٢٥٠هـ)، دار الفكر ـ بيروت.

- **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم**، وضعه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث ـ القاهرة، ط٣، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٢م.

* * *

*** ثانياً ـ كتب الحديث وشروحه:**

- **الآثار**، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، أبو يوسف، (ت ١٨٢هـ)، تحقيق: أبو الوفا، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، ١٣٥٥هـ.
- **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، محمد بن علي بن وهب تقي الدين ابن دقيق العيد، (ت ٧٠٢هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **إرشاد طلاب الحقائق إلى معرفة سنن خير الخلائق ﷺ**، يحيى بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ)، حققه وعلق عليه: د. نور الدين عتر، دار اليمامة ـ دمشق، مكتبة الكشاف ـ حلب، ط٣، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.
- **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار**، أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي، (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي ـ حلب، القاهرة، ط١، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.
- **إعلاء السنن**، أحمد العثماني التهانوي، (ت ١٣١٠هـ)، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ـ كراتشي، د. ط، د. ت.
- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، أبو العلا، (ت ١٣٥٣هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، عمر بن علي بن أحمد الوادياشي الأندلسي، تحقيق: عبد الله بن سعاف الحياني، دار حراء ـ مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦هـ.
- **التحقيق في أحاديث الخلاف**، عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، أبو الفرج، (ت ٥٩٧هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٥هـ.
- **تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي**، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، حققه وراجع أصوله: عبد الوهاب عبد اللطيف، (ت ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م.
- **تذكرة المؤتسي فيمن حدّث ونسي**، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، أبو الفضل، (ت ٩١١هـ)، تحقيق: صبحي البدري السامرائي، الدار السلفية ـ الكويت، ط١، ١٤٠٤هـ.

- **التعليق المغني على الدارقطني بهامش سنن الدارقطني**، أبو الطيب، محمد شمس الحق العظم آبادي، عني بتصحيحه وتنسيقه: السيد عبد الله هاشم يماني المدني بالمدينة المنورة ـ ١٩٦٦م، دار المعرفة ـ بيروت، د. ط.
- **تغليق التعليق على صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي ـ بيروت، دار عمار ـ عمان، الأردن، ط١، ١٤٠٥هـ.
- **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، ابن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة، د. ط، ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م.
- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، (ت ٣٦٨هـ)، تحقيق: مصطفى العلوي، ومحمد البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ المغرب، د. ط، ١٣٨٧هـ.
- **جامع الأصول في أحاديث الرسول**، الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، (ت٦٠٦ هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار الفكر ـ بيروت، ط٣، ١٩٨٣م.
- **جامع العلوم والحكم**، أبو الفرج، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، (ت ٧٥٠هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ.
- **جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد**، للروداني المغربي، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٣م.
- **خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي**، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد ـ الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.
- **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، أبو الفضل، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، (ت ١١٨٣هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ط٤، ١٣٩٧هـ.
- **سنن سعيد بن منصور**، أبو عثمان، سعيد بن منصور الخراساني، (ت ٢٢٧هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية ـ الهند، ط١، ١٩٨٢م.

- **سنن ابن ماجه**، الإمام أبو عبد الله، محمد بن يزيد الربعي ابن ماجه القزويني، (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ط، ١٩٧٥م.
- **سنن أبي داود**، الإمام أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحق الأزدي السجستاني، (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر - بيروت، د.ط، د.ت.
- **سنن الترمذي**، «رالجامع الصحيح»، أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ط، د.ت.
- **سنن الدارمي**، عبد الله بن عبد الرحمن، أبو محمد الدارمي، (ت ٢٥٥هـ)، تحقيق: فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- **السنن الكبرى**، الإمام أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، د.ط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- **سنن النسائي الصغرى**، «رالمجتبى من السنن»، الإمام أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب ابن علي الخراساني النسائي، (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، دار المعرفة - بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- **شرح الزرقاني على الموطأ**، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، (ت ١١٢٢هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١١هـ.
- **شرح السيوطي على سنن النسائي وحاشية السندي**، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (ت ٩١١هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، دار المعرفة - بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- **شرح صحيح مسلم**، الإمام محيي الدين أبو زكريا، يحيى بن شرف بن مرى الحزامي الحوراني الشافعي النووي، (ت ٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، د.ط، د.ت.
- **شرح معاني الآثار**، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة، أبو جعفر الطحاوي، (ت ٣٢١هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٣٩٩م.
- **شعب الإيمان**، الإمام أبو بكر، أحمد بن الحسين البيهقي، (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

- **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، (ت ٧٣١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م.
- **صحيح البخاري**، الإمام أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، (ت ٢٥٦هـ)، مطبوع مع فتح الباري بترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٨٩م.
- **صحيح مسلم**، الإمام أبو الحسين، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **طرح التثريب في شرح التقريب**، الحافظ زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي، دار الفكر العربي، د.ط، د.ت.
- **علل الحديث**، عبد الرحمن أبو محمد بن أبي حاتم، (ت ٣٢٧هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة ـ بيروت، ١٤٠٥هـ.
- **العلل المتناهية في الأحاديث الواهية**، عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، (ت ٥٩٧هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.
- **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بدر الدين، محمود بن أحمد العيني، (ت ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن باز، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٨٩م.
- **فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير**، العلامة محمد عبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر، ط١، ١٣٥٦هـ.
- **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**، الشيخ إسماعيل ابن محمد العجلوني الجراحي، (ت ١١٦٢هـ)، تحقيق: أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ.
- **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، العلامة علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، (ت ٩٧٥هـ)، ضبطه: الشيخ بكري حياني، والشيخ صفوة السقا، مكتبة التراث الإسلامي ـ حلب، ط١، ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م.
- **المجروحين**، أبو حاتم، محمد بن حبان البستي، (ت ٣٥٤هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي ـ حلب، د.ط، د.ت.

- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، (ت ٨٠٧هـ)، دار الكتاب العربي ـ بيروت، د. ط، ١٤٠٧هـ.
- **المستدرك على الصحيحين**، الإمام أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، (ت ٤٠٥هـ) وبذيله: التلخيص للحافظ الذهبي، طبعة مزيدة بإشراف: يوسف عبد القادر المرعشلي، دار المعرفة ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **مسند أبي داود الطيالسي**، سليمان بن داود، أبو داود الفارسي البصري الطيالسي، (ت ٢٠٤هـ)، دار المعرفة ـ بيروت.
- **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، (ت ٢٤١هـ)، مؤسسة قرطبة ـ مصر، د. ط، د. ت.
- **المسند**، عبد الله بن الزبير، أبو بكر الحميدي، (ت ٢١٩هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **مسند الشافعي**، محمد بن إدريس، أبو عبد الله الشافعي، (ت ٢٠٤هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **مسند عبد الله بن عمر**، محمد بن إبراهيم الطرسوسي، أبو أمية، (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: أحمد راتب عرموش، دار النفائس ـ بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- **المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم**، أبو نعيم، أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق الأصبهاني، (ت ٤٣٠هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه**، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، (ت ٨٤٠هـ)، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية ـ بيروت، ط٢، ١٤٠٣م.
- **مصنف ابن أبي شيبة**، أبو بكر، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، (ت ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٢م.
- **المصنف في الأحاديث والآثار**، أبو بكر، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، (ت ٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد ـ الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ.
- **معالم السنن**، «رشرح سنن أبي داود»، أبو سليمان، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب، المعروف بالخطابي، (ت ٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية ـ حلب، د. ط، ١٣٥١هـ.
- **المعجم الأوسط**، الحافظ أبو القاسم، سليمان بن أحمد الطبراني، (ت ٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسين، دار الحرمين ـ القاهرة، د. ط، ١٤١٥هـ.

- **المعجم الكبير**، الحافظ أبو القاسم، سليمان بن أحمد الطبراني، (ت ٣٦٠هـ)، حققه: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم ـ الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٣م.
- **المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي**، لمجموعة من المستشرقين، نقله: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ـ دمشق.
- **معرفة السنن والآثار**، أبو بكر، أحمد بن الحسن البيهقي، (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوعي ـ حلب، دار قتيبة ـ دمشق، ط١، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م.
- **منهج النقد في علوم الحديث**، الدكتور نور الدين عتر، دار الفكر ـ دمشق، ط١، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م.
- **موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف**، أبو هاجر، محمد بن بسيوني زغلول، دار الفكر ـ بيروت، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.
- **موطأ الإمام مالك**، مالك بن أنس، أبو عبد الله الأصبحي، (ت ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث ـ القاهرة، ط٢، ١٩٩٣م.
- **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، (ت ٧٠٢هـ)، اعتنى بها: أمين صالح شعبان، دار الحديث ـ القاهرة، ط١، ١٩٩٥م.
- **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ابن الأثير، الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٦٣م.
- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، الإمام محمد بن علي الشوكاني، (ت ١٢٥٠هـ)، دار التراث، د.ط، د.ت.

* * *

*** ثالثاً ـ الكتب الفقهية:**

١ ـ كتب الفقه الحنفي:

- **الاختيار لتعليل المختار**، ابن مودود الموصلي، (ت ٦٨٣هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، (ت ٩٧٠هـ)، وتكملة البحر للطواري، وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بالأوفست، د.ت.
- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الإمام علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٦م.

- **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، (ت ٥٩٣هـ)، تحقيق: حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح ـ القاهرة، ط١، ١٣٥٥هـ.
- **البناية في شرح الهداية**، محمود أحمد العيني، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٩٩٠م.
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، (ت ٤٧٣هـ)، المطبعة الأميرية ببولاق ـ مصر، ط١، ١٣١٤هـ.
- **تحفة الفقهاء**، محمد بن أحمد السمرقندي، (ت ٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.
- **تكملة فتح القدير**، «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار»، قاضي زادة أفندي، وبهامشه الكفاية شرح الهداية، لجلال الدين الخوارزمي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة**، أبو بكر ابن علي بن محمد الحدادي العبادي، (ت ٨٠٠هـ)، المطبعة الخيرية، د.ط، ١٣٣٢هـ.
- **حاشية ابن عابدين**، «ردد المحتار على الدر المختار للحصكفي في شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي»، محمد أمين الشهير بابن عابدين، (ت ١٢٥٢هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة، ط٢، ١٩٦٦م.
- **حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي**، بهامش تبيين الحقائق للزيلعي، المطبعة الأميرية ببولاق ـ مصر، ط١، ١٣١٤هـ.
- **حاشية الطحطاوي على الدر المختار**، أحمد الطحطاوي الحنفي، (ت ١٢٣١هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، أعيد طبعه بالأوفست، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م.
- **حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح**، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، (ت ١٢٣١هـ)، مكتبة البابي الحلبي ـ القاهرة، ط٣، ١٣١٨هـ.
- **الحجة على أهل المدينة**، محمد بن حسن الشيباني، (ت ١٨٩هـ)، علق عليه مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب ـ بيروت، تصوير عن طبعة المعارف الشرقية بحيدر آباد ـ الهند، ط٣، ١٩٦٩هـ.
- **الدر المختار للحصكفي في شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي**، مطبعة مصطفى الباقي الحلبي ـ القاهرة، ط٢، ١٩٦٦م.
- **الدر المنتقى في شرح الملتقى**، محمد علاء الدين الإمام، مطبوع بهامش مجمع الأنهر، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم الشهير بابن عابدين، (ت ١٢٥٢هـ)، دار المعرفة، د.ط، د.ت.

- **العناية على الهداية**، محمد بن محمود البابرتي، (ت ٧٨٦هـ)، مطبوع مع فتح القدير والهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- **فتاوى السغدي**، «رالنتف في الفتاوى»، علي بن الحسين بن محمد السغدي، (ت ٤٦١هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، دار الفرقان ـ عمان، ط٢، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م.
- **الفتاوى الهندية**، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، دار الفكر ـ بيروت، تصوير عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق، ط٢، ١٣١٠هـ .
- **فتح القدير**، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام، (ت ٨٦١هـ)، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **فتح المعين**، العلامة محمد أبو السعود المصري الحنفي، مطبعة جمعية المعارف ـ مصر، ط١، د.ت .
- **اللباب في شرح الكتاب**، عبد الغني الغنيمي الميداني، (ت ١٢٩٨هـ)، علق عليه: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- **المبسوط**، شمس الدين أبو بكر، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، (ت ٤٨٣هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.
- **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، عبد الله بن محمد بن سليمان شيخي زادة المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت .
- **مجمع الضمانات**، أبو محمد، غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت.
- **الهداية شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، (ت ٥٩٣هـ)، المكتبة الإسلامية ـ بيروت، د.ط، د.ت.

٢ ـ كتب الفقه المالكي:

- **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك**، شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر المالكي البغدادي، (ت ٧٣٢هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة، ط٢، د.ت .
- **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، القاضي أبو محمد، عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، (ت ٤٢٢هـ)، قارن بين نسخة: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم ـ بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.
- **التاج والإكليل لمختصر خليل**، عبد الله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق، (ت ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ت، د.ط.

- **تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك**، التبيين لمحمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، والتدريب لعبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط٢، ١٩٩٥م.
- **التفريع**، أبو القاسم، عبيد الله بن الحسين بن الحسن الجلاب البصري، (ت ٣٧٨هـ)، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٩٧٨م.
- **الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، صالح عبد السميع الأبي الأزهري، المكتبة الثقافية ـ بيروت.
- **جامع الأمهات**، عمر بن الحاجب المالكي، (ت ٦٤٦هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الخضري، دار اليمامة للطباعة والنشر ـ دمشق، ط١، ١٩٩٨م.
- **جواهر الإكليل**، الشيخ صالح عبد السميع الآبي، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير**، لشمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، (ت ١٢٣٠هـ)، دار إحياء الكتب العربية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، «ربلغة السالك لأقرب المسالك»، أحمد بن محمد الخلوني، الشهير بالصاوي، (ت ١٢٤١هـ)، دار المعارف ـ مصر، د.ط، د.ت.
- **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني**، علي الصعيدي العدوي، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الحاوي للفتاوى في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الفنون**، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية ـ بيروت، ط٢، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م.
- **دليل الرفاق على شمس الاتفاق**، ماء العينين بن محمد فاضل بن مامين، (ت ١٣٢٨هـ)، تحقيق: البلعمشي أحمد يكن، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المغرب والإمارات العربية المتحدة، د.ط، د.ت.
- **الذخيرة في فروع المالكية**، شهاب الدين، أحمد بن إدريس القرافي المالكي، (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- **شرح الخرشي على مختصر خليل**، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، (ت ١١٠١هـ)، دار الفكر ـ بيروت، تصوير عن نسخة المطبعة الأميرية ببولاق، ط٢، ١٣١٧هـ.
- **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، (ت ١١٢٢هـ)، وبهامشه حاشية الشيخ محمد البناني، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، ١٩٨٧م.

- **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف**، الشيخ محمد عليش، (ت ١٢٩٩هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٩٨٤م.
- **فتاوى ابن رشد**، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.
- **فتح الرحيم المالك على فقه الإمام مالك بالأدلة**، محمد بن أحمد، الملقب بالداه الشنقيطي الموريتاني، دار الفكر ـ دمشق، ط٣، ١٩٧٩م.
- **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، المشهور بالشيخ عليش، (ت ١٢٩٩هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، (ت ١١٢٥هـ)، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **القوانين الفقهية**، الإمام أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، (ت ٧٤١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الكافي في فقه أهل المدينة**، أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، (ت ٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني**، أبو الحسن المنوفي المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر ـ بيروت، د.ط، ١٤١٢هـ.
- **مختصر خليل**، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق: أحمد علي حركات، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ.
- **المدونة الكبرى**، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس**، للقاضي أبي محمد، عبد الوهاب بن نصر المالكي، (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.
- **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب**، أحمد ابن يحيى الونشريسي، (ت ٩١٤هـ)، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: د.محمد حجي، دار المغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م.
- **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية**، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٩٨٨م.

- **المنتقى شرح الموطأ**، أبو الوليد، سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، (ت ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة ـ مصر، تصوير عن ط١، ١٣٣٢هـ.
- **منح الجليل شرح مختصر خليل**، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، المعروف بالشيخ عليش، (ت ١٢٩٩هـ)، مع تعليقات من تسهيل فتح الجليل للمؤلف، دار الفكر ـ بيروت، د. ط، ١٩٨٩م.
- **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، أبو عبد الله، محمد بن محمد المغربي، المعروف بالحطاب، (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط٣، ١٩٩٢م.
- **موسوعة الفقه المالكي**، خالد عبد الرحمن العك، دار الحكمة ـ دمشق، ط١، ١٩٩٢م.

٣ ـ كتب الفقه الشافعي:

- **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، الشيخ زكريا الأنصاري، وبهامشه حاشية أبي العباس بن أحمد الرملي الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي ـ القاهرة، د. ط، د. ت.
- **إعانة الطالبين**، أبو بكر، السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، الشيخ محمد الشربيني الخطيب، (ت ٩٧٧هـ) دار الفكر ـ بيروت، د. ط، ١٤١٥هـ.
- **الأم**، أبو عبد الله، محمد بن إدريس الشافعي، (ت ٢٠٤هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ.
- **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، شرح كتاب المهذب، يحيى بن أبي الخير سالم العمراني، (ت ٥٥٨هـ)، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.
- **تحفة المحتاج**، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي، (ت ٩٧٤هـ)، دار إحياء التراث، د. ط، د. ت.
- **تكملة المجموع شرح المهذب**، للسبكي والمطيعي، دار الفكر ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **التنبيه**، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: عماد الدين حيدر، عالم الكتب ـ بيروت، د. ط، ١٤٠٣هـ.
- **حاشية البجيرمي على الخطيب**، «رت حفة الحبيب على شرح الخطيب»، سليمان بن محمد البجيرمي المصري، (ت١٢٢١هـ)، دار الفكر ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **حاشية البجيرمي على منهج الطلاب**، «رالتجريد لنفع العبيد»، للشيخ زكريا الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ القاهرة، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٠م.

ـ **حاشية البيجوري على شرح متن أبي شجاع**، الشيخ إبراهيم البيجوري، ضبط: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

ـ **حاشية الجمل على شرح المنهاج**، «رفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب»، الشيخ سليمان الجمل، دار الفكر، د.ط، د.ت.

ـ **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب** بشرح تحرير تنقيح اللباب للأنصاري، عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشهير بالشرقاوي، (ت ١٢٢٦هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط، ١٣٦٠هـ ـ ١٩٤١م.

ـ **حاشية الشرواني على تحفة المحتاج**، عبد الحميد الشرواني، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، الشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد، أبو العباس القليوبي، (ت ١٠٦٩هـ)، والشيخ شهاب الدين أحمد البرلسي، الملقب بعميرة، (ت ٩٧٥هـ)، دار الفكر، د.ط، د.ت.

ـ **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

ـ **خبايا الزوايا**، محمد بن بهادر الزركشي، (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: عبد القادر عبد الله العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت، ط١، ١٩٨٢م.

ـ **روضة الطالبين**، الإمام أبو زكريا، يحيى بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٢م.

ـ **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد عبد الكريم الرافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٧م.

ـ **غاية البيان شرح زبد ابن رسلان**، محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، (ت ١٠٠٤)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، أبو يحيى زكريا الأنصاري، وبالهامش حاشية للشربيني، وحاشية لابن قاسم العبادي على البهجة، المطبعة اليمنية، د.ط، د.ت.

ـ **فتاوى الرملي**، شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي، (ت ٩٥٧هـ)، المكتبة الإسلامية، د.ط، د.ت.

ـ **فتاوى السبكي**، أبو الحسن، تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، (ت ٦٨٣هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.

- **الفتاوى الفقهية الكبرى**، «رفتاوى ابن حجر»، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي، (ت ٩٧٤هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **فتح المعين**، زين الدين عبد العزيز المليباري، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **فتح الوهاب**، زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، جلال الدين المحلي، (ت ٨٦٤هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٨م.
- **المجموع شرح المهذب للشيرازي**، الإمام محيي الدين بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ)، المطبعة المنيرية ـ القاهرة، د.ط، د.ت.
- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي**، الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (ت ٩٧٧هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.
- **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، (ت ٦٧٦هـ)، دار المعرفة ـ بيروت.
- **المنهاج القويم شرح المقدمة الحضرمية**، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي، (ت ٩٧٤هـ)، د.ط، د.ت.
- **منهج الطلاب**، زكريا الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، دار المعرفة ـ بيروت.
- **المهذب**، أبو إسحق، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **نهاية الزين**، محمد بن علي بن نووي الجاوي، دار الفكر ـ بيروت ، د.ط، د.ت .
- **نهاية المحتاج إلى أدلة المنهاج**، شمس الدين محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي المصري، الشهير بالشافعي الصغير، (ت ١٠٠٤هـ)، ومعه حاشيتا: الشبراملسي المتوفى: ١٠٨٧هـ، والمغربي الرشيدي، المتوفى: ١٠٩٦هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ القاهرة، الطبعة الأخيرة، ١٩٦٧م.
- **الوسيط**، أبو حامد، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد تامر، دار السلام ـ القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ.

٤ ـ كتب الفقه الحنبلي:

- **الاختيارات العلمية**، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (ت ٧٢٨هـ)، مطبوع مع الفتاوى الكبرى للمؤلف، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.

- **أخصر المختصرات**، محمد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي، (ت ١٠٨٣هـ)، تحقيق: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.
- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علاء الدين علي، أبو الحسن بن سليمان المرداوي، (ت ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٥٨م.
- **تصحيح الفروع**، علاء الدين علي، أبو الحسن بن سليمان المرداوي، (ت ٨٨٥هـ)، عالم الكتب ـ بيروت، ط٤، ١٩٨٥م.
- **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ)، عالم الكتب ـ بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- **دليل الطالب**، مرعي بن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط٢، ١٣٨٩هـ .
- **الروض المربع**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ)، مكتبة الرياض الحديثة ـ الرياض، د.ط، ١٣٩٠هـ .
- **زاد المستقنع**، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي، أبو النجا، (ت ٦٩٠هـ)، تحقيق: علي محمد عبد العزيز الهندي، مكتبة النهضة ـ مكة المكرمة، د.ط، د.ت .
- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان ـ الرياض، ط١، ١٩٩٣م.
- **الشرح الكبير على متن المقنع**، شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت ٦٨٢هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م.
- **شرح منتهى الإرادات**، المسمى «دقائق أولي النهى لشرح المنتهى»، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ)، عالم الكتب ـ بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- **عمدة الفقه**، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت ٥٤١هـ)، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي، محمد العتيبي، مكتبة الطرفين ـ الطائف، د.ط، د.ت .
- **الفتاوى الكبرى لابن تيمية**، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (ت ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت .
- **الفروع**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، (ت ٧٦٣هـ)، عالم الكتب ـ بيروت، ط٤، ١٩٨٥م.
- **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، عبد الله بن قدامة المقدسي، أبو محمد، (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط٥، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.
- **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ)، راجعه: الشيخ هلال مصيلحي، دار الفكر ـ بيروت، ١٩٨٢م.

- **كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات**، في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، زين الدين عبد الرحمن بن عبد الله البعلي، (ت ١١٩٢هـ)، قام بمراجعته: عبد الرحمن حسن محمود، المؤسسة السعيدية ـ الرياض، د. ط، د. ت.
- **المبدع**، أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المقدسي الصالحي الحنبلي، (ت ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي ـ بيروت، د. ط، ١٤٠٠هـ.
- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، (ت ٧٢٨هـ)، ترتيب: عبد الرحمن العاصمي النجدي، وساعده ابنه محمد، طبع بأمر فهد بن عبد العزيز آل سعود، تصوير عن ط١، ١٣٩٨هـ.
- **المحرر في الفقه**، عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني، (ت ٦٥٢هـ)، مكتبة المعارف ـ الرياض، ط٢، ١٤٠٢هـ.
- **مختصر الخرقي من مسائل الإمام أحمد بن حنبل**، أبو القاسم، عمر بن الحسين الخرقي، (ت ٣٣٤ هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٣هـ.
- **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، مصطفى السيوطي الرحيباني، (ت ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٩٦١م.
- **المعتمد في فقه الإمام أحمد**، جرى فيه الجمع بين نيل المآرب بشرح دليل الطالب للشيباني، ومنار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان، أعده وعلق عليه: علي عبد الحميد بلطة جي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير ـ دمشق، ط١، ١٩٩١م.
- **المغني على مختصر الخرقي**، الشيخ موفق الدين أبو محمد، عبد الله بن أحمد، المعروف بابن قدامة، (ت ٦٢٠هـ)، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **المقنع في شرح مختصر الخرقي**، أبو علي، الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البنا، (ت ٤٧١هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن سليمان البعيمي، مكتبة الرشيد ـ الرياض، ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.
- **منار السبيل**، إبراهيم بن محمد بن ضويان، (ت ١٣٥٣هـ)، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف ـ الرياض، ط٢، ١٤٠٥هـ.

٥ ـ كتب المذاهب الأخرى:

- **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، المهدي لدين الله الإمام المجتهد أحمد بن يحيى المرتضى، (ت ٨٤٠هـ)، وبهامشه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بن بهران الصعيدي، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت.
- **التاج المذهب لأحكام المذهب**، أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، مكتبة اليمن الكبرى، د. ط، د. ت.

- **تحرير الوسيلة**، روح الله الموسوي الخميني، منشورات المستشارية الثقافية للجمهورية الإسلامية الإيرانية ـ دمشق، ١٩٨٧م.
- **الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية**، زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي، المعروف بالشهيد الثاني، (ت ٩٦٦هـ)، دار العالم الإسلامي، د.ط، د.ت.
- **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، أبو القاسم، جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي، المعروف بالمحقق الحلي، مؤسسة مطبوعاتي اسماعليان، د.ط، د.ت.
- **شرح النيل وشفاء العليل**، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، (ت ١٣٣٢هـ)، مكتبة الإرشاد ـ جدة، ط٣، ١٩٨٥م.
- **المحلى بالآثار**، الإمام أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، (ت ٤٥٦هـ)، تحقيق: عبد الغفار البغدادي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**، محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي، طبع بمطبعة الشورى بالفجالة، د.ط، ١٣٢٦هـ.

٦ ـ **كتب الفقه المقارن:**

- **الإجماع**، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، (ت ٣١٨هـ)، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة ـ الإسكندرية، ط٣، ١٤٠٢هـ.
- **اختلاف العلماء**، محمد بن نصر المروزي، أبو عبد الله، (ت ٢٩٤هـ)، تحقيق: صبحي السامرائي، عالم الكتب ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٦م.
- **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، الدكتور محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.
- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، الشهير بابن رشد الحفيد، (ت ٥٩٥هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، د.ت.
- **الفقه الإسلامي وأدلته**، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر ـ دمشق، ط٣، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م.
- **الفقه على المذاهب الخمسة**، محمد جواد مغنية، ط٧، ١٩٨٢م.
- **مختصر اختلاف العلماء**، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، (ت ٣٢١هـ)، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، ط٢، ١٤١٧هـ.
- **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، الأستاذ سعدي أبو جيب، دار الفكر ـ دمشق، ط٢، ١٩٨٤م.

- **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية ـ الكويت، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م.

* * *

*** رابعاً ـ كتب أصول الفقه:**

- **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي**، علي بن عبد الكافي السبكي، (ت ٧٥٦هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ.
- **الإحكام في أصول الأحكام**، سيف الدين أبي الحسن بن أبي علي بن محمد الآمدي، ضبطه وكتب حواشيه: إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول**، العلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني، (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: أبي مصعب محمد سعيد البدري، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.
- **أصول السرخسي**، للإمام أبي بكر، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، (ت ٤٩٠هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد ـ الهند، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **أصول الفقه**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي ـ القاهرة، د.ط، د.ت.
- **البحر المحيط في أصول الفقه**، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي، (ت ٧٩٤هـ)، قام بتحريره: عبد القادر عبد الله العاني وراجعه عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف ـ الكويت، ط٢، ١٩٩٢م.
- **البرهان في أصول الفقه**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، (ت ٤٧٨هـ)، الوفاء ـ المنصورة، مصر، ط٤، ١٤١٨هـ.
- **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، ابن جزي، محمد أحمد الكلبي الغرناطي المالكي، (ت ٧٤١هـ)، تحقيق: محمد المختار بن الشيخ الشنقيطي، طبع على نفقة محققه، د.ط، د.ت.
- **التقرير والتحبير في شرح التحرير**، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر بن محمد، المعروف بابن أمير الحاج، (ت ٨٧٩هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- **تنقيح الأصول**، صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، (ت ٧٤٧هـ)، مطبوع مع التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة بهامش التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ت، د.ط.

- **تيسير التحرير**، محمد أمين، المعروف بأمير بادشاه، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع**، حسن بن محمد بن محمود العطار، وبهامشه تقرير لعبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **روضة الناظر وجنة المناظر**، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، أبو محمد، (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود ـ الرياض، ط٢، ١٣٩٩هـ.
- **شرح التلويح على التوضيح**، «رالتلويح إلى كشف حقائق التنقيح»، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، (ت ٧٩٢هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **شرح الكوكب المنير**، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، المعروف بابن النجار، (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة، ط١، ١٩٥٣م.
- **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه**، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، د. ت.
- **قواطع الأدلة في الأصول**، أبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، (ت ٤٨٩هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٧م.
- **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام**، علي بن عباس البعلي الحنبلي، (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة، د. ط، ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٦م.
- **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، (ت ٧٣٠هـ)، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٩١م.
- **اللمع في أصول الفقه**، أبو إسحاق، إبراهيم بن علي الشيرازي، (ت ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.
- **المحصول**، الإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازي، (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ـ الرياض، ط١، ١٤٠٠هـ.
- **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، عبد القادر بن بدران الدمشقي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، (ت ١٣٤٦هـ)، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٢، ١٤٠١هـ.

- **المستصفى من علم الأصول**، أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي، (ت ٥٠٥هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، د. ت.
- **المعتمد في أصول الفقه**، محمد بن علي بن الطيب البصري، أبو الحسين، (ت ٤٣٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.
- **مناهج العقول شرح منهاج الوصول للبيضاوي**، «شرح البدخشي»، محمد بن الحسن البدخشي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **المنخول**، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، أبو حامد، (ت ٥٠٥هـ)، **تحقيق**: محمد حسن هيتو، دار الفكر ـ دمشق، ط٢، ١٤٠٠هـ.
- **نهاية السول شرح منهاج الوصول للبيضاوي**، «شرح الإسنوي»، (ت ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **الوسيط في أصول الفقه الإسلامي**، الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، مطبعة خالد بن الوليد ـ منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م.

* * *

*** خامساً ـ كتب القواعد الفقهية:**

- **الأشباه والنظائر**، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، (ت ٩٧٠هـ)، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر ـ دمشق، ط١، ١٩٨٥م.
- **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، (ت ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١٩٩٠،١م.
- **أنوار البروق في أنواء الفروق**، المعروف بالفروق، شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس، المشهور بالقرافي، (ت ٦٨٤هـ)، وبأسفله حاشية الشاط، وبهامشهما تهذيب الفروق لمحمد مفتي، عالم الكتب ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
- **الفروق للكرابيسي**، أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري، (ت ٥٧٠هـ)، **تحقيق**: محمد طموم، ومراجعة: عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف ـ الكويت، ط١، ١٩٨٢م.
- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، أبو محمد، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، (ت ٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **قواعد الفقه**، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف ببلشرز ـ كراتشي، ط١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.

ـ **القواعد الفقهية**، أبو الفرج، عبد الرحمن بن أحمد، المعروف بابن رجب الحنبلي، (ت ٧٩٥هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **المدخل الفقهي العام**، مصطفى الزرقا، دار القلم ـ بيروت، ط١، ١٩٩٨م.

ـ **المنثور في القواعد**، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: تيسير محمود ومراجعة: عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت، ط٢، ١٤٠٥هـ.

* * *

* سادساً ـ كتب مختلفة:

ـ **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، عبد الوهاب خلاف، دار القلم ـ الكويت، د.ط، د.ت.

ـ **أحكام الأهلية والوصية**، الدكتور مصطفى السباعي، مطبعة جامعة دمشق، ط١، ١٣٨١هـ ـ ١٩٦١م.

ـ **الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية**، عبد الكريم الحلي، دار الرقي المؤسسة اللبنانية ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٥م.

ـ **الأحكام الخاصة بالمفقود**، علي سيد حسن، دار النهضة العربية ـ القاهرة، د.ط، ١٩٨٤م.

ـ **أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية**، عمر عبد الله، دار المعارف ـ مصر، ط٢، ١٩٥٨م.

ـ **الأحوال الشخصية**، د. أحمد الحجي الكردي، مطبعة خالد بن الوليد ـ دمشق، ط٤، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠.

ـ **الأحوال الشخصية**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.

ـ **الأحوال الشخصية للمسلمين**، إصدار الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ـ القاهرة، د.ط، ١٩٨٧م.

ـ **الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين**، محمد الدجوي، مطبعة النشر للجامعات، د.ط، د.ت.

ـ **أنيس الفقهاء**، قاسم بن عبد الله بن أمير القونوي، تحقيق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء ـ جدة، ط١، ١٩٨٦م.

ـ **تحرير ألفاظ التنبيه**، يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار العلم ـ دمشق، ط١، ١٤٠٨هـ.

- **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الجرجاني، (ت ٨١٦هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.
- **التوقيف على مهمات التعاريف**، محمد عبد الرؤوف المناوي، (ت ١٠٣١هـ)، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دار الفكر ـ بيروت، دمشق، ط١، ١٤١٠هـ.
- **زاد المعاد في هدي خير العباد**، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٣، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.
- **الزاهر**، محمد بن أحمد الأزهر الأزهري الهروي، أبو منصور، (ت ٢٧٠هـ)، تحقيق: محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف ـ الكويت، ط١، ١٣٩٩هـ.
- **الزواج والطلاق وآثارهما لدى الإسلام والمسيحية واليهودية**، غادة همج، المكتبة القانونية ـ دمشق، ط١، ٢٠٠١م.
- **السيرة النبوية لابن هشام**، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، (ت ٢١٣هـ)، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل ـ بيروت، ط١، ١٤١١هـ.
- **شرح حدود ابن عرفة**، أبو عبد الله، محمد بن قاسم الأنصاري، المشهور بالرصاع التونسي، (ت ٨٩٤هـ)، المسمى بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المطبعة التونسية بنهج البلاط ـ تونس، ط١، ١٣٥٠هـ.
- **ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة**، د. عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم ـ دمشق، ط٣، ١٩٨٨م.
- **طلبة الطلبة**، عمر بن أحمد بن إسماعيل بن لقمان نجم الدين، أبو حفص النسفي، دار الطباعة العامرة، مكتبة المثنى ـ بغداد، د.ط، د.ت.
- **المرشد الفقهي في الطب**، ضياء الدين الجماس، مركز نور الشام للكتاب ـ دمشق، د.ط، ١٩٩٩م.
- **المطلع على أبواب المقنع**، أبو عبد الله، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، (ت ٧٠٩هـ)، المكتب الإسلامي ـ بيروت، د.ط، ١٩٨١م.
- **المغرب في ترتيب المعرب**، أبو الفتح، ناصر بن عبد السيد المطرزي، دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت.
- **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، سعدي أبو جيب، دار الفكر ـ دمشق، ط٢، ١٩٨٤م.
- **موسوعة فقه عمر بن الخطاب عصره وحياته**، الدكتور محمد رواس قلعه جي، دار النفائس ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.

- **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، نعيم ياسين (دكتوراه)، دار النفائس ـ الأردن، ط١، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.
- **الوسيط في أحكام التركات والمواريث**، زكريا البري، دار النهضة العربية ـ بيروت، د.ط، د.ت.

* * *

*** سابعاً ـ كتب القضاء والقانون:**

١ ـ كتب القضاء والسياسة الشرعية:

- **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس المصري المالكي القرافي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر ـ بيروت، ط٢، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.
- **أدب القضاء**، القاضي شهاب الدين ابن أبي اسحاق إبراهيم بن عبد الله، المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، (ت ٦٤٢هـ)، تحقيق: د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر ـ دمشق، دار الفكر المعاصر ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٢م.
- **أدب القضاء**، شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي، دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٧م.
- **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **أقضية رسول الله ﷺ**، أبو عبد الله، محمد بن فرج المالكي القرطبي، المعروف بابن الطلاع، (ت ٤٩٧هـ)، تحقيق: قاسم الرفاعي، دار القلم ـ بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٧م.
- **تبصرة الحكام**، القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي، المعروف بابن فرحون اليعمري، (ت ٧٩٩هـ)، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨٦م.
- **جامع الفصولين**، الشيخ محمود بن إسماعيل، الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي، (ت ٨٢٣هـ)، وبهامشه اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية لنجم الدين الرملي، المطبعة الأزهرية ـ القاهرة، ط١، ١٣٠٠هـ.
- **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للأسيوطي الشافعي**، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة، ط١، ١٩٥٥م.
- **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**، محمد بن فرموزا، الشهير بمنلاخسرو، (ت ٨٨٥هـ)، وبهامشه حاشية حسن بن عماد بن الوفائي الشرنبلالي المسمى، «رغنية

ذوي الأحكام في بغية درر الحكام»، مطبعة أحمد كامل الكائنة في دار السعادة، د.ط، ١٣٢٩هـ.
- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل ـ بيروت، ط١، ١٩٩١م.
- **روضة القضاة وطريق النجاة**، أبو القاسم، علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني، تحقيق وتصنيف: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٤م.
- **شرح ميارة**، «الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام»، محمد بن أحمد ميارة الفاسي وغيره، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الطرق الحكمية**، أبو عبد الله، بن أبي بكر الزرعي، المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: بشير عون، تقديم: د. محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان ـ دمشق، ط١، ١٩٨٩م.
- **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، البابي الحلبي ـ القاهرة، ط٢، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م.
- **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، علاء الدين بن خليل الطرابلسي الحنفي، (ت ٨٤٤هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر، ط٢، ١٩٧٣م.

٢ ـ كتب القانون:

- **أصول المحاكمات الجزائية**، حسن الجوخدار، المطبعة الجديدة ـ دمشق، د.ط، ١٩٨٨م.
- **أصول المحاكمات الحقوقية**، دروس نظرية عملية، فارس الخوري، الدار العربية ـ عمان، ط٢، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.
- **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، رزق الله الأنطاكي، مطبعة المفيد ـ دمشق، ط٦، ١٩٦٤.
- **تقنين أصول المحاكمات السوري**، أديب استانبولي وشفيق طعمة، المكتبة القانونية ـ دمشق، ط١، ١٩٩٠م.
- **دروس في مبادىء القانون لطلبة كلية التجارة**، عبد الودود يحيى، ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧م.
- **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**، د. عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٧ ـ ١٩٩٨م.
- **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**، مصطفى السباعي، دار الوراق ـ بيروت، ط٩، ٢٠٠١م.

- **قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٥٩/ تاريخ ٤/ ٧/ ١٩٥٣**، والمعدل بالقانون رقم / ٣٤/ الصادر بتاريخ ٣١/ ١٢/ ١٩٧٥، تنسيق: أديب الاستانبولي، تقديم: سعدي أبو جيب، طباعة الفكر القضائي للمعلوماتية، د.ط، ٢٠٠٠م.
- **قانون الأحوال الشخصية مع شرح قانوني وإنساني كامل**، نجاة قصاب حسن، ط٢، ١٩٨٥م.
- **قانون أصول المحاكمات الجزائية وتعديلاته مع المذكرة الإيضاحية والقانون رقم / ١٨/**، منشورات نقابة المحامين ـ دمشق، ١٩٩٧م.
- **قانون البينات في المواد التجارية والشرعية السوري**، جمع وترتيب جورج كرم ـ دمشق، ط١، د.ت.
- **قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ١٤٨/ تاريخ ٢٢/ ٧/ ١٩٤٩**، نسقه وحقق تعديلاته: وليد عدي، منشورات نقابة المحامين ـ دمشق، د.ط، د.ت.
- **القانون المدني الصادر بتاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٤٩ وتعديلاته**، نسقه وحقق تعديلاته: وليد عدي، ط٢، ١٩٨٢م.
- **القواعد العلمية لأصول المحاكمات**، ممدوح عطري، قدم له: نصرت منلاحيدر، مطبعة محمد هاشم الكتبي، د.ط، ١٩٧٤م.
- **المدخل إلى علم القانون**، «النظرية العامة للقانون»، محمد محمود عبد الله، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الداودي، د.ط، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.
- **المدخل إلى علم القانون**، هشام القاسم، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الإسكان العسكرية، ط٢، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.
- **مدونة التشريعات المصرية ـ قوانين الأحوال الشخصية**، إشراف سيد حسن البغال، د.ط، ١٩٧٩م.
- **المرجع في قضاء الأحوال الشخصية**، أحمد الداغستاني، ط١، ١٩٨٣م.
- **المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري**، نسقه وحقق تعديلاته أديب استانبولي، ط١، ١٩٨٥م.
- **مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين السوري والمصري**، تم وضعه على يد لجنة برئاسة مصطفى الزرقا، دار القلم ـ دمشق، الدار الشافية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- **الوجيز في أصول المحاكمات**، أسعد المحاسني، مطبعة الإنشاء ـ دمشق، د.ط، د.ت.

* * *

* ثامناً ـ كتب اللغة:

- **الصحاح**، اسماعيل بن حماد الجوهري، (ت ٣٩٣هـ)، مطابع دار الكتاب العربي ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **القاموس المحيط**، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، (ت ٨١٧هـ)، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٧م.
- **لسان العرب**، جمال أبو الفضل، محمد بن مكرم بن علي بن أحمد ابن أبي القاسم بن حقبة بن منظور، (ت ٧١١هـ)، دار صادر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **مختار الصحاح**، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، (ت ٦٦٦هـ)، مكتبة بكداش ـ حلب، د.ط، د.ت.
- **المصباح المنير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، (ت ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية ـ بيروت، تصوير عن ط٦ بالمطبعة الأميرية ـ القاهرة، ١٩٢٥م.
- **المعجم الوسيط**، إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، مجمع اللغة العربية، مكتبة النوري ـ دمشق، ط٣، د.ت.

* * *

* تاسعاً ـ كتب التراجم والرجال والتاريخ:

- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل ـ بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.
- **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، ابن الأثير، عز الدين أبو الحسن، علي بن محمد الجزري، (ت ٦٣٠هـ)، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.
- **الإصابة في تمييز الصحابة**، أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني الشافعي، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل ـ بيروت، ط١، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.
- **الأعلام**، «رقاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين»، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين ـ بيروت، ط٩، ١٩٩٠م.
- **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني، (ت ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.

- **تاريخ ابن معين، «رواية الدوري»**، يحيى بن معين أبو زكريا، (ت ٢٢٣هـ)، تحقيق: أحمد محمد نور سيف، مركز البحث العلمي وإحياء التراث ـ مكة المكرمة، ط٢، ١٩٧٩م.
- **تاريخ الأمم والملوك**، محمد بن جرير الطبري، أبو جعفر، (ت ٣١٠هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- **التاريخ الكبير**، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، أبو عبد الله البخاري الجعفي، (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- **تاريخ مولد العلماء ووفياتهم**، محمد بن عبد الله بن أحمد بن سليمان بن زبر الربعي، (ت ٣٩٧هـ)، تحقيق: عبد الله أحمد سليمان الحمد، دار العاصمة ـ الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.
- **تحفة التحصيل في ذكر رواة المراسيل**، أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن ابن أبي بكر بن إبراهيم الكردي، (ت ٨٢٦هـ)، تحقيق: عبد الله نوارة، مكتبة الرشيد ـ الرياض، ط١، ١٩٩٩م.
- **تذكرة الحفاظ**، «رأطراف أحاديث كتاب المجروحين لابن حبان»، محمد بن طاهر بن القيسراني، (ت ٥٠٧هـ)، تحيقق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، دار الصميعي ـ الرياض، ط١، ١٤١٥هـ.
- **تقريب التهذيب** ابن حجر، شهاب الدين، أبو الفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: صدقي العطار، دار الفكر ـ دمشق، ط١، ١٩٩٥م.
- **التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد**، محمد بن عبد الغني البغدادي، أبو بكر، (ت ٦٢٩هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ.
- **تهذيب الأسماء واللغات**، الإمام محيي الدين، أبو زكريا، يحيى بن شرف بن مرى الحزامي الحوراني الشافعي النووي، (ت ٦٧٦هـ)، دار الفكر ـ بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
- **تهذيب التهذيب**، شهاب الدين، أبو الفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، حققه: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.
- **تهذيب الكمال**، يوسف بن الزكي عبد الرحمن، أبو الحجاج المزي، (ت ٧٤٢هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م.
- **الثقات**، محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي، (ت ٣٥٤هـ)، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد، دار الفكر، ط١، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م.

- **الجرح والتعديل**، عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس، أبو محمد الرازي التميمي، (ت ٣٢٧هـ)، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٥٢م.
- **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، عبد القادر محمد بن أبي الوفاء القرشي، أبو محمد، (ت ٧٧٥هـ)، مير محمد كتب خانه ـ كراتشي، د.ط، د.ت.
- **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، الحافظ أبو نعيم، أحمد بن عبد الله الأصبهاني، (ت ٤٢٠هـ)، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط٢، ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧م.
- **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب**، ابن فرحون المالكي، (ت ٧٩٩هـ)، تحقيق: محمد الأحمدي، أبو النور، دار التراث ـ القاهرة، د.ط، د.ت.
- **ذكر أسماء من تكلم فيه وهو موثق**، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، أبو عبد الله، (ت ٧٤٨هـ)، تحقيق: محمد شكور الميادين، مكتبة المنار ـ الزرقاء، ط١، ١٤٠٦هـ.
- **الذّيل على طبقات الحنابلة**، أبو الفرج، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، (ت ٧٥٠هـ)، تحقيق: هنري لاووست وسامي الدّهان، المعهد الفرنسي ـ دمشق، ١٩٥١م.
- **رجال صحيح مسلم**، أحمد بن علي بن منجويه الأصبهاني، أبو بكر، (ت ٤٢٨هـ)، تحقيق: عبد الله الليثي، دار المعرفة ـ بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- **الرياض النضرة في مناقب العشرة**، أبو جعفر، أحمد الشهير بالمحب الطبري، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٤م.
- **سير أعلام النبلاء**، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، أبو عبد الله، (ت ٧٤٨هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط٧، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م.
- **السيرة النبوية لابن هشام**، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري أبو محمد، (ت ٢١٣هـ)، المحقق: طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل ـ بيروت، د.ط، ١٤١١هـ.
- **شجرة النور الزكية**، محمد بن مخلّوف، دار الكتاب العربي ـ بيروت، د.ط، ١٣٤٩هـ.
- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، شهاب الدين عبد الحي بن محمد الحنبلي، المشهور بابن العماد الدمشقي، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير ـ دمشق، بيروت، ط١، ١٩٩٢م.
- **الشقائق النعمانية**، طاشكبري زاده، (ت ٩٦٨هـ)، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ١٣٩٥هـ.
- **صفة الصفوة**، ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج ابن الجوزي، تحقيق: محمود فاخوري، دار المعرفة ـ بيروت، ط٢، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م.

- **الضعفاء الصغير**، الإمام أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم زاي، دار الوعي ـ حلب، ط١، ١٣٩٦م.
- **الضعفاء الكبير**، «رضعفاء العقيلي»، أبو جعفر، محمد بن عمر بن موسى العقيلي، (ت ٣٢٢هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م.
- **الضعفاء والمتروكين**، عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، أبو الفرج، (ت ٥٧٩هـ)، تحقيق: عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ.
- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، دار مكتبة الحياة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **طبقات الحفاظ**، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، أبو الفضل، (ت ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.
- **طبقات الحنابلة**، محمد بن محمد بن الحسين، أبو الحسين، ابن القاضي الكبير أبي يعلى الفراء الحنبلي البغدادي، (ت ٥٢١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الطبقات السنية في تراجم الحنفية**، تقي الدين بن عبد القادر التميمي المصري الحنفي، (ت ١٠٠٥)، تحقيق: عبد الفتاح الحلو، دار الرفاعي ـ الرياض، ط١، ١٩٨٣م.
- **طبقات الشافعية**، أبو بكر، بن أحمد بن محمد بن عمر ابن قاضي شهبة، (ت ٨٥١هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان عالم الكتب ـ بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- **طبقات الشافعية**، ابن هداية الله الحسيني، تحقيق: عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة ـ بيروت، ط٣، ١٩٨٢.
- **طبقات الشافعية الكبرى**، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: محمد محمود الطناجي، دار هجر ـ القاهرة، ط٢، ١٩٩٢م.
- **طبقات الفقهاء**، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو إسحاق، (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار القلم ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الطبقات الكبرى**، محمد بن سعد بن منيع، أبو عبد الله البصري الزهري، (ت ٢٣٠هـ)، دار صادر ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، تعليق: محمد بدر الدين النعساني، دار المعرفة ـ بيروت، د.ط، د.ت.
- **الكامل في ضعفاء الرجال**، عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد، أبو أحمد الجرجاني، (ت ٣٦٥هـ)، تحقيق: يحيى مختار غزاوي، دار الفكر ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م.
- **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، حاجي خليفة، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م.

- **لسان الميزان**، أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني الشافعي، (ت ٨٥٢هـ)، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت، ط٣، ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م.
- **مختصر طبقات الحنابلة**، محمد جميل بن عمر، المعروف بابن شطي، دراسة فواز الزمرلي، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط١، ١٩٨٦م.
- **مرجع العلوم الإسلامية**، الدكتور محمد الزحيلي، دار المعرفة.
- **مشاهير علماء الأمصار**، محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي، (ت ٣٥٤هـ)، تحقيق: م. فلايشهمر، دار الكتب العلمية ـ بيروت، د. ط، ١٩٥٩م.
- **معجم الصحابة**، عبد الباقي بن قانع، أبو الحسين، (ت ٣٥١هـ)، تحقيق: صلاح بن سالم المصراتي، مكتبة الغرباء الأثرية ـ المدينة المنورة، ط١، ١٤١٨هـ.
- **معجم المؤلفين**، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، د. ط، د. ت.
- **معرفة الثقات**، أحمد بن عبد الله بن صالح، أبو الحسن العجلي الكوفي، (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، مكتبة الدار ـ المدينة المنورة، ط١، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.
- **المغني في الضعفاء**، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، (ت ٧٤٨ هـ)، تحقيق: الدكتور نور الدين عتر، د. ط، د. ت.
- **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، (ت ٧٤٨ هـ)، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط١، ١٩٩٥م.
- **الوافي بالوفيات**، صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، باعتناء بيرند راتكة، فرانز شتانير ـ بفيسبادن، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م.
- **الوفيات**، أبي العباس، أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب، (ت ٨٠٩ هـ)، تحقيق: عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة ـ بيروت، ط٢، ١٩٨٧م.
- **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، أبو العباس، شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر ابن خلكان، (ت ٦٨١هـ)، حققه: د. إحسان عباس، دار صادر ـ بيروت، د. ط، ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م.

❑ ❑ ❑

٦ ـ فهرس الموضوعات

الموضـــوع	الصفحة
* الإهداء	٥
* شكر وتقدير	٧
* المقدمة	٩
* التمهيد	١٩
النقطة الأولى: تعريف الغائب وأقسامه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	٢١
أولاً ـ تعريف الغائب	٢١
أ ـ الغائب في اللغة	٢١
ب ـ الغائب في الاصطلاح	٢١
التعريف المختار للغائب	٢٤
ج ـ تعريف الغائب في القوانين الوضعية	٢٤
ثانياً ـ أقسام الغائب في الفقه الإسلامي	٢٦
النقطة الثانية: تعريف المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	٣٢
أولاً ـ تعريف المفقود	٣٢
أ ـ المفقود في اللغة	٣٢
ب ـ تعريف المفقود شرعاً لدى المذاهب الفقهية	٣٢
١ ـ تعريف المفقود عند الحنفية	٣٣
٢ ـ تعريف المفقود عند المالكية	٣٧
٣ ـ تعريف المفقود عند الشافعية	٤٠
٤ ـ تعريف المفقود عند الحنابلة	٤١
٥ ـ تعريف المفقود عند الظاهرية	٤٢
٦ ـ تعريف المفقود عند الزيدية و الإمامية	٤٣
التعريف المختار للمفقود	٤٣

الموضـــوع	الصفحة
خلاصة آراء الفقهاء في تعريف المفقود	٤٧
ج ـ تعريف المفقود قانوناً	٤٨
ثانياً ـ أقسام المفقود	٥٠
١ ـ أقسام المفقود في الفقه الإسلامي	٥٠
٢ ـ أقسام المفقود في القوانين الوضعية	٥٤
النقطة الثالثة: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	٥٦
أولاً ـ الفرق بين الغائب والمفقود في المذاهب الفقهية	٥٨
١ ـ الحنفية	٥٨
٢ ـ المالكية	٥٩
٣ ـ الشافعية	٥٩
٤ ـ الحنابلة	٦٠
ثانياً ـ الفرق بين الغائب والمفقود في القوانين الوضعية	٦١
أ ـ في القانون السوري	٦١
ب ـ في القانون المصري	٦٣
ج ـ في القانون الفرنسي	٦٤
حدود الغائب والمفقود في هذا البحث	٦٦

الباب الأول

أحكام الغائب في الفقه الإسلامي

* **الفصل الأول ـ أحكام القضاء المتعلقة بالغائب**	٦٩
تمهيد : وفيه نقطتان:	٦٩
النقطة الأولى: تعريف القضاء وبيان مشروعيته	٦٩
النقطة الثانية: المقصود بالغائب في مسألة القضاء	٧١
المبحث الأول: القضاء على الغائب	٧٢
تمهيد	٧٢
المطلب الأول: حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي	٧٤

الموضـــوع	الصفحة
المذهب الأول: جواز القضاء على الغائب	٧٤
المذهب الثاني: منع القضاء على الغائب	٧٦
الأدلـــة	٧٧
أدلة المذهب الأول	٧٧
أدلة المذهب الثاني	٨٥
مناقشة الأدلة	٩٢
أولاً ـ مناقشة أدلة القائلين بجواز القضاء على الغائب	٩٢
ثانياً ـ مناقشة أدلة المانعين	٩٨
الرأي المختار	١٠٦
المطلب الثاني: حكم القضاء على الغائب في القانون	١١٢
أولاً ـ في قانون أصول المحاكمات المدنية	١١٢
ثانياً ـ في قانون أصول المحاكمات الجزائية	١١٧
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالقضاء على الغائب	١٢٠
المطلب الأول: ضابط الغياب الذي يعتد به في مسألة القضاء على الغائب	١٢٠
أولاً ـ تحرير محل النزاع	١٢٠
ثانياً ـ أراء الفقهاء في حد الغياب الذي يعتد به	١٢١
ثالثاً ـ المناقشة والرأي المختار	١٢٥
خلاصة الآراء وثمرة الخلاف	١٢٨
المطلب الثاني: الحقوق التي يجري فيها القضاء على الغائب	١٢٩
الاتجاه الأول: يجوز القضاء على الغائب في كافة الحقوق	١٣١
الاتجاه الثاني: يجوز القضاء على الغائب في حقوق العباد فقط	١٣١
أدلة الاتجاه الأول	١٣٢
أدلة الاتجاه الثاني	١٣٣
المناقشة و الرأي المختار	١٣٤
المطلب الثالث: شروط الدعوى على الغائب	١٣٥
مسألة ملحقة: غياب المدعى عليه بعد الإقرار أو إقامة البينة	١٣٨

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الرابع: اليمين في مسألة القضاء على الغائب	١٤١
القول الأول: وجوب تحليف المدعي على الغائب	١٤١
القول الثاني: عدم وجوب تحليف المدعي بعد قيام البينة العادلة	١٤٣
الأدلة	١٤٣
أدلة القول الأول	١٤٣
أدلة القول الثاني	١٤٤
الرأي المختار	١٤٥
المقصود باليمين في هذه المسألة	١٤٦
مسألة ملحقة: يمين الاستظهار في حالة وجود وكيل عن الغائب	١٤٨
المطلب الخامس: نصب الوكيل على الغائب	١٤٩
أولاً ـ مذهب الحنفية	١٤٩
ثانياً ـ مذهب الجمهور	١٥٠
المناقشة والرأي المختار	١٥٢
المطلب السادس: نفاذ القضاء على الغائب	١٥٣
المسألة الأولى: نفاذ القضاء على الغائب	١٥٣
المسألة الثانية: القاضي الذي ينفذ قضاؤه	١٥٨
المطلب السابع: عودة الغائب وأثرها في الحكم عليه	١٦٠
النقطة الأولى: أثر عودة الغائب في سماع الشهادة	١٦٠
النقطة الثانية: أثر عودة الغائب في نقض الحكم	١٦١
المبحث الثالث: الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له	١٦٣
المطلب الأول: حكم الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له	١٦٣
أقوال الفقهاء في حكم الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له	١٦٣
أدلة الأقوال الفقهية	١٦٧
الرأي المختار	١٧٠
القضاء للغائب في القانون	١٧١
آ ـ في أصول المحاكمات المدنية	١٧١

الموضـــوع	الصفحة
ب ـ في قانون أصول المحاكمات الجزائية	١٧٣
المطلب الثاني: التحقيق في مذهب الحنفية في القضاء للغائب وعليه وما ينبغي أن يصار إليه في هذا المذهب	١٧٤
أولاً ـ الصور التي يجوز فيها القضاء على الغائب عند الحنفية	١٧٥
ثانياً ـ ما يلاحظ على مذهب الحنفية وما ينبغي أن يصار إليه في هذا المذهب	١٨٠
*** الفصل الثاني ـ أحكام الغائب المتعلقة بالأحوال الشخصية**	١٨٣
المبحث الأول: أحكام الغائب المتعلقة بالنكاح	١٨٣
تمهيد	١٨٣
المطلب الأول: نكاح الغائب	١٨٤
١ ـ عقد النكاح بكتابة الغائب	١٨٤
أقوال الفقهاء في صحة عقد الزواج بالكتابة	١٨٤
المناقشة والقول المختار	١٨٧
٢ ـ وكالة الغائب في عقد الزواج	١٨٩
المطلب الثاني: حق الغائب في ولاية النكاح	١٩٣
أولاً ـ حكم ولاية النكاح في الغيبة القريبة	١٩٣
ثانياً ـ حكم ولاية النكاح في الغيبة البعيدة	١٩٤
النقطة الأولى: حكم انتقال ولاية النكاح من الولي الغائب غيبة بعيدة	١٩٤
أدلة الأقوال الفقهية في ذلك	١٩٦
المناقشة والرأي المختار	٢٠٠
النقطة الثانية: حد الغيبة البعيدة	٢٠٤
القول المختار	٢٠٦
المبحث الثاني: طلاق الغائب	٢٠٧
تمهيد	٢٠٧
المطلب الأول: الوقت الذي يقع فيه طلاق الغائب ويعد نافذاً	٢١٠
الأقوال الفقهية في وقت وقوع الطلاق	٢١١

الموضـــوع	الصفحة
أدلة الأقوال الفقهية	٢١٢
المناقشة والرأي المختار	٢١٤
المطلب الثاني: طلاق الغائب بكتابته إلى زوجته	٢١٧
الأقوال الفقهية في وقت وقوع الطلاق بكتابة الغائب	٢١٨
أدلة الأقوال الفقهية	٢٢٠
المناقشة والرأي المختار	٢٢٣
مسألة: عدة التي طلقها زوجها وهو غائب	٢٢٤
المبحث الثالث: التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج	٢٢٦
تمهيد	٢٢٦
المطلب الأول: حكم التفريق للضرر بغياب الزوج وحبسه في الفقه الإسلامي والقانون	٢٢٧
أولاً ـ حكم التفريق للضرر بغياب الزوج في الفقه الإسلامي والقانون	٢٢٧
آ ـ التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي	٢٢٧
أقوال الفقهاء في حكم التفريق للضرر الناشيء عن الغياب	٢٢٧
سبب الاختلاف بين الفريقين في هذه المسألة	٢٢٨
أقوال الفقهاء في حق الوطء مع الأدلة	٢٢٩
القول الأول: الوطء حق للرجل	٢٢٩
القول الثاني: الوطء حق للمرأة أيضاً، واستدامته واجبة	٢٣١
المناقشة والرأي المختار	٢٣٧
أدلة القولين في حكم التفريق بين الزوجين للتضرر بغياب الزوج	٢٤٠
أدلة القول الأول	٢٤٠
أدلة القول الثاني	٢٤١
المناقشة والرأي المختار	٢٤٣
شروط التفريق للضرر بسبب الغياب	٢٤٦
١ ـ أن تكون الغيبة طويلة	٢٤٦

الموضــــوع	الصفحة
٢ ـ أن تخاف الزوجة الوقوع في الفاحشة	٢٤٩
٣ ـ إنذار الزوج	٢٥٠
٤ ـ أن يكون غياب الزوج لغير عذر مقبول	٢٥٠
٥ ـ أن تطلب الزوجة التفريق	٢٥١
نوع الفرقة للغيبة وصاحب الحق فيها	٢٥١
ب ـ التفريق للغيبة في القانون	٢٥٣
ما يلاحظ على هذا القانون	٢٥٥
ثانياً ـ التفريق لحبس الزوج في الفقه الإسلامي والقانون	٢٥٧
المطلب الثاني : حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي والقانون	٢٦٣
النقطة الأولى: حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي	٢٦٣
أولاً ـ حكم الطلاق على المُعْسر	٢٦٣
أقوال الفقهاء في حكم التفريق بسبب الإعسار	٢٦٣
الأدلة	٢٦٥
أدلة القول الأول	٢٦٥
أدلة القول الثاني	٢٧١
مناقشة الأدلة	٢٧٦
القول المختار	٢٨٤
حد الإعسار المبيح للتفريق عند القائلين به	٢٨٥
ثانياً ـ التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب	٢٨٦
آ ـ أقوال الفقهاء في حكم التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق	٢٨٦
الأدلة	٢٨٧
أدلة القول الأول	٢٨٧
أدلة القول الثاني	٢٩٠
مناقشة الأدلة والقول المختار	٢٩١

الموضـــوع	الصفحة
ب ـ التفصيل في مذهب المالكية والشافعية في فسخ نكاح الغائب لعدم الإنفاق	٢٩٤
١ ـ مذهب المالكية	٢٩٤
٢ ـ مذهب الشافعية	٢٩٦
ج ـ شروط التفريق لعدم الإنفاق	٢٩٩
صاحب الحق في التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب	٣٠٤
نوع الفرقة لعدم الإنفاق	٣٠٤
مسألة: التبرع بالنفقة للزوجة	٣٠٦
النقطة الثانية: التفريق لعدم الإنفاق في القانون	٣٠٧
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التفريق للغيبة ولعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والقانون	٣١٣
أولاً ـ المهر والمتعة	٣١٣
أ ـ المهر	٣١٣
ب ـ المتعة	٣١٩
ثانياً ـ العدة ونفقتها	٣٢٣
آ ـ العدة	٣٢٣
ب ـ نفقة المعتدة	٣٢٧
١ ـ نفقة المعتدة من التفريق للغياب	٣٣٠
٢ ـ نفقة المعتدة من التفريق لعدم الإنفاق	٣٣٠
ثالثاً ـ حق الزوج في الرجعة	٣٣٢
آ ـ في مسألة التفريق بسبب الغياب	٣٣٣
ب ـ في مسألة التفريق لعدم الإنفاق	٣٣٣
*** الفصل الثالث ـ الأحكام المالية المتعلقة بالغائب**	٣٣٧
تمهيد	٣٣٧
المبحث الأول: أحكام الغائب المتعلقة بالوكالة	٣٣٨
تمهيد	٣٣٨

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الأول: توكيل الغـــائب للغير	٣٣٩
آ ـ حكم توكيل الغائب غيره من جهة إثبات العقوبات	٣٤٠
القول الأول: يجوز التوكيل	٣٤١
القول الثاني: لا يجوز التوكيل	٣٤٢
ب ـ حكم توكيل الغائب غيره من جهة الاستيفاء	٣٤٣
القول الأول: يصح التوكيل في استيفاء العقوبات مع غيبة الموكل	٣٤٣
القول الثاني: لا يجوز التوكيل في استيفاء العقوبات مع غيبة الموكل	٣٤٤
القول المختار	٣٤٥
المطلب الثاني: عزل الموكل وكيله إذا كان أحدهما غائبا	٣٤٥
القول الأول: لا ينفذ عزل الموكل وكيله الغائب دون علمه	٣٤٦
القول الثاني: ينفذ عزل الموكل وكيله الغائب دون علمه بخبر العزل	٣٤٧
الأدلـــة	٣٤٧
أولاً ـ أدلة القول الأول	٣٤٧
ثانياً ـ أدلة القول الثاني	٣٤٩
مناقشة الأدلـة	٣٥٠
الرأي المختار	٣٥٠
المطلب الثالث: عزل الوكيل نفسه في غياب الموكل	٣٥٣
القول الأول: ليس للوكيل أن يعزل نفسه	٣٥٤
القول الثاني: للوكيل أن يعزل نفسه سواء أكان الموكل حاضراً أم غائباً	٣٥٤
القول الثالث: للوكيل عزل نفسه متى شاء، إلا أن يتعلق به حق لأحد	٣٥٥
الأدلـــة	٣٥٥
المناقشة والرأي المختار	٣٥٦
المبحث الثاني: التصرف في مال الغائب وإدارة أمواله	٣٥٧
تمهيد	٣٥٧
المطلب الأول: استيفاء أموال الغائب وحقوقه	٣٥٩

الموضــــوع	الصفحة
كيفية استيفاء ديون الغائب من الغير في المذاهب الفقهية	٣٦١
١ ـ الحنفية	٣٦١
٢ ـ المالكية	٣٦٢
٣ ـ الشافعية والحنابلة	٣٦٦
المطلب الثاني: استيفاء أموال الغير وحقوقهم من الغائب	٣٦٩
كيفية استيفاء الدين من الغائب في المذاهب الفقهية	٣٧٠
١ ـ الحنفية	٣٧٠
٢ ـ المالكية	٣٧٢
٣ ـ الشافعية والحنابلة	٣٧٥
٤ ـ الظاهرية	٣٧٦
القول المختار	٣٧٦
المطلب الثالث: التصرف في أموال الغائب	٣٧٧
النقطة الأولى: حكم التصرف بمال الغائب الذي لم يوكل أمره لأحد	٣٧٧
النقطة الثانية: حكم تصرف الوديع بوديعة الغائب	٣٨٠
الحالة الأولى: حكم رد وديعة الغائب دون عذر	٣٨٣
أقوال الفقهاء والأدلـــة	٣٨٤
الحالة الثانية: حكم رد وديعة الغائب لعذر	٣٨٦
إدارة أموال الغائب والتصرف بها في القانون	٣٨٨
المبحث الثالث: الإنفاق من مال الغائب	٣٩١
تمهيد	٣٩١
المطلب الأول: النفقة الواجبة على الغائب	٣٩٣
الفرع الأول: نفقة زوجة الغائب	٣٩٣
أدلة وجوب نفقة الزوجة	٣٩٤
سبب وجوب نفقة الزوجة	٣٩٥
الحالة الأولى: نفقة زوجة الغائب قبل الدخول	٣٩٨
كيف تسلم الزوجة نفسها في غياب زوجها عند الشافعية والحنابلة؟	٤٠٥

الموضـــوع	الصفحة
الحالة الثانية: نفقة زوجة الغائب بعد الدخول	٤٠٧
المسألة الأولى: القضاء على الغائب بنفقة زوجته	٤١٠
الصورة الأولى: إذا كان للزوج الغائب مال حاضر	٤١٠
أولاً ـ عند الجمهور	٤١٠
ثانياً ـ عند الحنفية	٤١١
الصورة الثانية: إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر	٤١٦
أولاً ـ عند الجمهور	٤١٦
ثانياً ـ عند الحنفية	٤١٨
القضاء على الغائب بنفقة زوجته في القانون	٤٢٠
المسألة الثانية: عودة الزوجة عن النشوز في غياب الزوج	٤٢٠
كيف تعود نفقة الناشز إذا كان زوجها غائباً؟	٤٢٢
الفرع الثاني: نفقة أقارب الغائب	٤٢٥
ضابط القرابة الموجبة للإنفاق	٤٢٥
تحرير محل النزاع في تحديد مستحقي النفقة من الأقارب	٤٢٥
حكم نفقة أقارب الغائب	٤٢٨
١ ـ حكم نفقة أقارب الغائب عند الحنفية	٤٢٨
الحالة الأولى: أن يكون للغائب مال حاضر	٤٢٨
الحالة الثانية: إذا لم يكن للغائب مال حاضر	٤٣١
٢ ـ حكم نفقة الأقارب عند الجمهور	٤٣٢
كيفية الإنفاق على الأقارب من مال الغائب	٤٣٣
الفرع الثالث: الأحكام المتعلقة بالنفقة الواجبة على الغائب	٤٣٦
المسألة الأولى: سقوط النفقة عن الغائب مدة غيبته	٤٣٦
أولاً ـ حكم النفقة الماضية لزوجة الغائب	٤٣٦
حكم النفقة الماضية للزوجة في القانون	٤٤٣
ثانياً ـ حكم النفقة الماضية لأقارب الغائب	٤٤٥

الموضـــوع	الصفحة
حكم النفقة الماضية لأقارب الغائب في القانون	٤٤٨
المسألة الثانية: أموال الغائب التي تجب النفقة فيها	٤٤٩
المسألة الثالثة: بيع مال الغائب للنفقة	٤٥٢
القول الأول: يجوز بيع مال الغائب في النفقة عند الجمهور	٤٥٢
القول الثاني: فرق في حكم البيع بين بيع القاضي وبيع الأب	٤٥٦
أولاً ـ بيع القاضي مال الغائب للنفقة	٤٥٧
ثانياً ـ بيع الأب مال ابنه الغائب للنفقة	٤٥٨
بيع الأم مال ابنها الغائب	٤٦١
القول المختار	٤٦٢
المسألة الرابعة: أخذ الكفيل بالنفقة	٤٦٤
المطلب الثاني: النفقة الواجبة للغائب	٤٦٦
الفرع الأول: حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس	٤٦٧
أقوال الفقهاء في حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس	٤٦٧
الأدلـــة	٤٦٩
المناقشة والرأي المختار	٤٧١
الفرع الثاني: حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الغصب	٤٧٢
أقوال الفقهاء في حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الغصب	٤٧٣
الأدلـــة	٤٧٤
الرأي المختار	٤٧٥
الفرع الثالث: حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب السفر	٤٧٥
أولاً ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة في سفر لشؤون الحياة	٤٧٥
الصورة الأولى: حكم نفقة الزوجة إذا غابت في سفر دون إذن منه	٤٧٦
الصورة الثانية: حكم نفقة الزوجة إذا غابت بإذن زوجها في حاجتها	٤٧٩
ثانياً ـ حكم نفقة الزوجة الغائبة في سفر لعبادة	٤٨١
النقطة الأولى: إن تغيب في سفر لحج التطوع بإذن الزوج	٤٨١
النقطة الثانية: أن تغيب بسبب أداء فريضة الحج	٤٨٣

الموضوع	الصفحة
١ ـ أن تغيب بقصد أداء فريضة الحج بإذن الزوج	٤٨٣
٢ ـ أن تغيب بقصد أداء فريضة الحج دون إذن الزوج	٤٨٦
المبحث الرابع: حكم الشفعة الواجبة للغائب	٤٨٨
المطلب الأول: حكم الشفعة للغائب إذا لم يعلم الشفيع بما يوجب الشفعة له خلال غيبته	٤٩١
أقوال الفقهاء في بقاء حق الشفعة للغائب إذا لم يعلم بخبر البيع	٤٩١
الأدلة	٤٩٢
المناقشة والرأي المختار	٤٩٥
المطلب الثاني: حكم الشفعة للغائب إذا علم الشفيع بما يوجب الشفعة له خلال غيبته	٤٩٧
أقوال الفقهاء في استمرار الشفعة للغائب إذا علم بما يوجب الشفعة أثناء غيابه	٤٩٧
الأدلة	٥٠٠
المناقشة	٥٠٣
الرأي المختار	٥٠٨

الباب الثاني

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي

الموضوع	الصفحة
تمهيد	٥١١
الجامع المشترك في الأحكام بين الغائب والمفقود	٥١١
* **الفصل الأول ـ المفقود متى يحكم بحياته ومتى يحكم بموته؟**	٥١٥
المبحث الأول: متى يحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي؟	٥١٥
المطلب الأول: الحكم بحياة المفقود في الفقه الإسلامي	٥١٥
أولاً ـ أقوال المذاهب الفقهية في حياة المفقود	٥١٥
١ ـ الحنفية	٥١٥
٢ ـ المالكية	٥١٦

الموضـــوع	الصفحة
٣ ـ الشافعية	٥١٧
٤ ـ الحنابلة	٥١٧
ثانياً ـ خلاصة أدلة الفقهاء على حياة المفقود	٥١٨
ثالثاً ـ نقاط الاتفاق والاختلاف في حكم المفقود	٥٢١
نقاط الاتفاق	٥٢١
نقاط الاختلاف	٥٢٢
المطلب الثاني: الحكم بحياة المفقود في القانون	٥٢٤
المبحث الثاني: متى يحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والقانون؟	٥٢٦
المطلب الأول: البحث عن المفقود	٥٢٦
١ ـ البحث عن المفقود في الفقه الإسلامي	٥٢٦
٢ ـ البحث عن المفقود في القانون	٥٢٨
المطلب الثاني: سلطة الحكم بموت المفقود	٥٢٩
سلطة الحكم بموت المفقود في القانون	٥٣٠
المطلب الثالث: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود	٥٣٢
أولاً ـ الأقوال الفقهية في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود	٥٣٢
ثانياً ـ التفصيل في أقوال المذاهب في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود	٥٣٦
أ ـ الحنفية	٥٣٦
ب ـ المالكية	٥٤٠
ج ـ الشافعية	٥٤٧
د ـ الحنابلة	٥٤٨
الخلاصة والرأي المختار	٥٥٠
ثالثاً ـ الاختلاف في عمر المفقود	٥٥١
رابعاً ـ الحكم بموت المفقود بانتهاء المدة	٥٥٢
الحكم بموت المفقود بانتهاء المدة في القانون	٥٥٥
خامساً ـ تاريخ الحكم بموت المفقود	٥٥٦

الموضـــوع	الصفحة
* **الفصل الثاني ـ الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود**	٥٦١
المبحث الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته	٥٦١
المطلب الأول: التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج	٥٦١
أولاً ـ أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد	٥٦١
الأدلـــة	٥٦٤
المناقشة	٥٧١
الرأي المختار	٥٧٧
ثانياً ـ نوع الفرقة	٥٧٩
ثالثاً ـ صاحب الحق في هذه الفرقة	٥٨١
رابعاً ـ التفريق بين الزوجين بسبب فقدان الزوج في القانون	٥٨٢
المطلب الثاني: مدة التربص والأحكام المتعلقة بها	٥٨٣
النقطة الأولى: مقدار مدة التربص والحكمة من تحديدها بأربع سنين	٥٨٣
النقطة الثانية: بداية مدة التربص	٥٨٧
بداية مدة التربص في القانون	٥٩١
ضرب الأجل للزوجة، هل يلزم سائر الزوجات	٥٩٢
النقطة الثالثة: حكم زواج امرأة المفقود خلال مدة التربص	٥٩٣
المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته	٥٩٦
المطلب الأول: أثر الحكم بموت المفقود على تصرفاته المتعلقة بزوجته	٥٩٧
أقوال الفقهاء في نفاذ تصرفات المفقود المتعلقة بزوجته	٥٩٨
المناقشة والقول المختار	٥٩٩
المطلب الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على المهر	٦٠١
أولاً ـ أثر الحكم بموت المفقود على المهر بعد دخوله بزوجته	٦٠١
ثانياً ـ أثر الحكم بموت المفقود على المهر قبل دخوله بزوجته	٦٠٢
حكم تعجيل المهر المؤجل	٦٠٤
المطلب الثالث: حكم عدة زوجة المفقود	٦٠٥

الموضـــوع	الصفحة
عدة زوجة المفقود في القانون	٦٠٦
هل تقتصر زوجة المفقود على عدة الوفاة، أم لا بد لها من أن تعتد عدة طلاق؟	٦٠٧
القول الأول: يجب تطليقها من قبل ولي الزوج	٦٠٧
القول الثاني: لا يشترط تطليق الولي	٦٠٧
الأدلــة	٦٠٨
المناقشة والقول المختار	٦٠٩
ابتداء العدة	٦١١
المطلب الرابع: إحداد زوجة المفقود	٦١٤
تعريف الإحداد لغةً واصطلاحاً	٦١٤
هل يجب الحداد على زوجة المفقود؟	٦١٧
المطلب الخامس: حكم بقاء زوجة المفقود في عصمته بعد الحكم بموته	٦١٨
المطلب السادس: أثر الحكم بموت المفقود على ميراث زوجته	٦١٩
أ ـ أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء مدة التعمير على ميراث زوجته	٦٢٠
ب ـ أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء السنين الأربع على ميراث زوجته	٦٢١
ميراث زوجة المفقود في القانون	٦٢٣
*** الفصل الثالث ـ الأحكام المتعلقة بأموال المفقود**	٦٢٥
المبحث الأول: التصرف في مال المفقود وأثر الفقدان على عقوده المالية	٦٢٥
المطلب الأول: رعاية أموال المفقود وإدارتها	٦٢٥
النقطة الأولى: إذا ترك المفقود ماله وديعة عند أمين	٦٢٦
١ ـ المسألة الأولى: كيفية حفظ وديعة المفقود إذا احتاجت إلى مؤونة أو نفقة	٦٢٦
٢ ـ المسألة الثانية: دفع وديعة المفقود للغير	٦٢٨
٣ ـ الثانية: التصرف بالوديعة بعد الحكم بموت المفقود أو بعد بيان حاله	٦٣٠
النقطة الثانية: إذا ترك المفقود ماله عند وكيله الذي أقامه قبل فقد	٦٣٤
أ ـ حق وكيل المفقود في المخاصمة عنه في إثبات حقوقه لدى الغير	٦٣٦
ب ـ حق الوكيل في الخصومة عن المفقود لدفع ادعاء الآخرين	٦٣٨

الموضــــوع	الصفحة
النقطة الثالثة: إذا غاب المفقود وترك ماله دون وكيل أو أمين	٦٣٨
١ ـ المسألة الأولى: استيفاء حقوق المفقود من الغير	٦٣٩
٢ ـ المسألة الثانية: قضاء الحقوق الواجبة على المفقود	٦٤٢
٣ ـ المسألة الثالثة: التصرف في مال المفقود	٦٤٤
التصرف بأموال المفقود في القانون	٦٤٥
المطلب الثاني: أثر غياب المفقود على عقوده المالية وتصرفاته	٦٤٨
١ ـ الإجارة	٦٤٨
٢ ـ الوقف	٦٥٠
٣ ـ القرض	٦٥٢
٤ ـ العارية	٦٥٣
٥ ـ المضاربة	٦٥٤
٦ ـ الوديعة	٦٥٥
المبحث الثاني: الإنفاق من مال المفقود	٦٥٧
تمهيد	٦٥٧
المطلب الأول: نفقة زوجة المفقود بعد الدخول	٦٥٨
نفقة زوجة المفقود بعد الدخول في القانون	٦٦٣
المطلب الثاني: نفقة زوجة المفقود قبل الدخول	٦٦٤
نفقة زوجة المفقود قبل الدخول في القانون	٦٦٦
المطلب الثالث: نفقة زوجة المفقود في مدة الأجل	٦٦٦
المطلب الرابع: نفقة زوجة المفقود وسكناها في فترة العدة	٦٦٩
١ ـ نفقة زوجة المفقود في مدة العدة	٦٦٩
٢ ـ السكنى	٦٧٢
المبحث الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث والوصية	٦٧٤
المطلب الأول: أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله ونفاذ وصاياه	٦٧٤
أولاً ـ أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله	٦٧٤

الموضـــوع	الصفحة
النقطة الأولى: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله	٦٧٦
قسمة أموال المفقود في القانون	٦٧٩
النقطة الثانية: من هم ورثة المفقود؟	٦٨٠
ورثة المفقود في القانون	٦٨٢
ثانياً ـ أثر الحكم بموت المفقود على نفاذ وصاياه	٦٨٣
المطلب الثاني: الملك الطارىء للمفقود من تركة الغير ووصاياه	٦٨٥
أولاً ـ حقوق المفقود في تركة الغير	٦٨٥
النقطة الأولى: حكم ميراث المفقود من غيره	٦٨٥
ميراث المفقود من غيره في القانون	٦٩٠
النقطة الثانية: كيفية وقف نصيب المفقود من تركة مورثه	٦٩١
مصير النصيب الموقوف	٦٩٣
النقطة الثالثة: أمثلة تطبيقية على كيفية وقف نصيب المفقود	٦٩٥
آ ـ أمثلة على وقف كامل التركة للمفقود	٦٩٥
ب ـ أمثلة على وقف قسم من التركة يساوي نصيب المفقود	٦٩٥
ج ـ مثال على وقف حصة من التركة أكثر من نصيب المفقود	٦٩٨
د ـ مثال على وقف حصة من التركة بسبب المفقود وإن لم يكن له حق فيها	٧٠١
ثانياً ـ حقوق المفقود في وصايا الغير له	٧٠٢
*** الفصل الرابع ـ ظهور المفقود وأثر ذلك على زوجته وأمواله**	٧٠٩
تمهيد	٧٠٩
المبحث الأول: عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على زوجته	٧٠٩
المطلب الأول: ظهور المفقود حياً بعد انقضاء الأجل والعدة وقبل نكاح زوجته من غيره	٧١١
حكم زوجية المفقود وحقه في إعادة زوجته إليه إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته	٧١١
حكم الولد الذي تحمل به زوجة المفقود بعد الحكم بموته دون أن تتزوج غيره	٧١٢
المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً بعد عقد الثاني وقبل الدخول	٧١٤

الموضـــوع	الصفحة
أقوال الفقهاء في أثر ظهور المفقود حياً بعد عقد الثاني على زوجته وقبل الدخول ...	٧١٤
الأدلــة ...	٧١٦
المناقشة والقول المختار ...	٧١٨
المطلب الثالث: ظهور المفقود حياً بعد نكاح زوجته ودخول الثاني بها ...	٧٢٠
أقوال الفقهاء في أثر ظهور المفقود حياً بعد عقد الثاني على زوجته وبعد الدخول ...	٧٢٠
الأدلــة ...	٧٢١
المناقشة ...	٧٢٦
القول المختار ...	٧٣٦
النقطة الأولى: إلحاق الولد ...	٧٣٨
النقطة الثانية: أثر عودة المفقود واختياره على عقد النكاح الأول والثاني ...	٧٤٠
النقطة الثالثة: حكم الصداق في حالة فوات الزوجة على المفقود ...	٧٤٢
١ ـ المقصود بالصداق الذي يأخذه المفقود ...	٧٤٣
٢ ـ على من يرجع المفقود بالصداق، هل على الزوجة أم على الزوج الثاني؟ ...	٧٤٥
خلاصة المذاهب الفقهية في فوات زوجة المفقود عليه إذا ظهر حياً ...	٧٤٧
١ ـ الحنفية ...	٧٤٧
٢ ـ المالكية ...	٧٤٧
٣ ـ الشافعية ...	٧٤٨
٤ ـ الحنابلة ...	٧٤٩
النتيـجة ...	٧٥٠
أثر عودة المفقود على زوجته في القانون ...	٧٥١
المبحث الثاني: عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على أمواله ...	٧٥٢
المطلب الأول: أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في الفقه الإسلامي ...	٧٥٢
تحرير محل النزاع ...	٧٥٢
أقوال الفقهاء في أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله ...	٧٥٤
الأدلــــة ...	٧٥٥

الموضـــوع	الصفحة
الرأي المختار	٧٥٧
التفصيل في أقوال المذاهب الفقهية في أثر عودة المفقود على ماله	٧٥٨
١ ـ الحنفية	٧٥٨
٢ ـ المالكية	٧٥٩
٣ ـ الشافعية	٧٥٩
٤ ـ الحنابلة	٧٦٠
النتيـجة	٧٦١
المطلب الثاني: أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في القانون	٧٦٢
*** الخاتمة**	٧٦٥
أولاً ـ أهم النتائج	٧٦٥
ثانياً ـ أهم المقترحات	٧٧٧
الفهارس العامة	
١ ـ فهرس الآيات القرآنية	٧٨٥
٢ ـ فهرس الأحاديث النبوية الشريفة	٧٨٩
٣ ـ فهرس الآثار	٧٩١
٤ ـ فهرس ترجمة الأعلام	٧٩٥
٥ ـ فهرس المصادر والمراجع	٧٩٩
٦ ـ الفهرس التفصيلي	٨٢٩

١

مشروع

١٠٠

رسالة جامعية سورية

من إصدارات

دار النوادر

بإشراف صاحبها ومديرها العام

نور الدين طالب

www.daralnawader.com

دار النوادر

عرض مشروع ١٠٠ رسالة جامعية سورية

أولاً ـ التعريفُ بالمشروع:

في خطوةٍ هي الأولى من نوعها تُقدِّمُ دارُ النوادرِ لكلِّ المهتمين بالعلومِ الإنسانيةِ أوَّلَ مشروعٍ علميٍّ أكاديميٍّ لنشرِ الرسائلِ والأُطروحاتِ الجامعيةِ الخاصةِ بالجمهوريةِ العربيةِ السوريةِ؛ لتعملَ على إظهارِ هذهِ الرسائلِ والأُطروحاتِ في عالمِ المطبوعاتِ، حتى لا تبقى حبيسةَ أدراجِ وَرُفوفِ المكتباتِ، ولتَتَقَدَّمَ خطوةً إلى الأمامِ لتحثَّ القِطاعَ الحُكوميَّ في سائرِ البلادِ العربيةِ على تَبنِّي مثلِ هذا المشروعِ الرائدِ بعد أن نهضَتْ به بعضُ دورِ النشرِ في القِطاعِ الخاصِّ، وذلك في إطارِ إخراجٍ مميَّزٍ، وطباعةٍ راقيةٍ، وأمانةٍ علميةٍ، واختيارٍ يحمِلُ أهمَّ معاييرِ دِقَّةِ البحثِ العلميِّ في المَجَالِ الإنسانيِّ.

وعليـه:

فقد تمَّ لدى دار النوادرِ اعتمادُ نشر «١٠٠ رسالة جامعية سورية» خلالَ خمسِ سنواتٍ، تبدأُ بعام١٤٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م، وتنتهي بعام ١٤٣٣هـ ـ ٢٠١٢م، بمعدل (٢٠) رسالةً كلَّ سنةٍ، إن شاءَ اللهُ تعالى.

* * *

ثانياً ـ أهدافُ المشروع:

رسمتْ دارُ النوادر أهدافَ هذا المشروعِ الرائدِ بالأمورِ التاليةِ:

١ ـ إظهارُ الإطارِ العلميِّ والثقافيِّ للجمهوريةِ العربيةِ السوريةِ، بسائرِ جامعاتِها الحكوميةِ والخاصةِ، وإبرازُ الدَّورِ المشرقِ لأبحاثِها وبَاحِثيها في تطويرِ العلومِ الإنسانيةِ.

٢ ـ المحافظةُ على الثروةِ العلميةِ المكنوزةِ في هذهِ الرسائلِ والأُطروحاتِ من الضياعِ، أو السرقةِ العلميةِ؛ إذِ الكتابُ لا يُحفَظُ إلا بطباعَتِهِ، وإخراجِهِ للكُتَّابِ والبَاحثينَ.

٣ ـ سهولةُ التعرُّفِ على الموضوعاتِ التي كُتِبَ فيها بَحثٌ علميٌّ موثَّقٌ، من خلالِ نشرِها في البلادِ العربيةِ والأجنبيةِ.

٤ ـ فتحُ الآفاقِ والصِّلاتِ العلميةِ مع كافةِ الباحثينَ السُّوريينَ، وإظهارُ مكانةِ حاملِ درجةِ الدكتوراه أو الماجستير كشخصيةٍ علميةٍ مستمرةٍ في عطائِها وتحصيلِها العلميِّ، وفي إثرائِها المكتبَةَ بسائرِ المؤلفاتِ والأبحاثِ.

* * *

ثالثاً ـ شروط قبول الرسالة في المشروع:

اشترطت دار النوادر جملةً من الشروطِ حتى تُقبلَ نشر الرسالةِ ضمن هذا المشروعِ:

١ ـ أن يكونَ الباحثُ المتقدمُ بالرسالةِ سوريَّ الجنسيةِ.

٢ ـ أن تكونَ الرسالةُ مقدَّمَةً في جامعةٍ تمَّ الاعترافُ بها مَحلياً أو دُولياً.

٣ ـ ألاَّ تكونَ الرسالةُ مطبوعةً سابقاً في إطارِ النشرِ المعْروفِ.

٤ ـ ألاَّ تتضمنَ الرسالةُ مساساً بالجانبِ الطائفيِّ، أو العقيديِّ، أو السياسيِّ العام.

٥ ـ أن تُعرضَ الرسالةُ على لجنةِ تحكيمٍ خاصةٍ تعينها دار النوادر، مكونةٍ من ثلاثةِ محكَّمينَ أكاديميين يجري تعيينهم من قبل المدير العام للدار، لإبدائِهم الموافقةَ على نشرِ الرسالةِ من خلالِ الشروطِ التاليةِ:

أ ـ التطابقُ بين عنوان الرسالة ومضمونِها.

ب ـ سلامةُ اللغةِ والأسلوبِ وعلاماتِ الترقيم.

ج ـ اتِّباعُ المنهجِ العلميِّ في كتابةِ الرسالةِ، من حيثُ التوثيقُ، والتقسيمُ إلى أبوابٍ أو فصولٍ ومباحثَ ومطالبَ.

د ـ خلوُّ الرسالةِ من الحَشو والتطويلِ الذي لا فائدة منه.

هـ ـ سلامةُ الرسالة من السَّرقَةِ العلميةِ.

و ـ ألاَّ يكونَ عنوانُ الرسالة أو مضمونُها متكرراً في رسائلَ علميةٍ مطبوعةٍ.

ز ـ بروزُ التحقيقِ العلميِّ في كافة المسائل المبحوثةِ في الرسالةِ.

ح ـ ألاَّ تكونَ الرسالةُ في مسألةٍ فرعيةٍ، أو علمٍ خاصٍّ جداً لا يستفيدُ منه إلا النزرُ اليسيرُ من الباحثينَ.

٦ ـ يحقُّ للدار أن تعيد صَفَّ الكتاب على النحو الذي تراه مناسباً.

٧ ـ تمنحُ دار النوادر الباحثَ مكافأةً ماليةً مُتَّفَقاً عليها مع الباحث، مقابلَ تنازله عن حقوق النشر للدار لمدة خمس سنوات، كما تُعطي دار النوادر الباحثَ (٢٥) نسخةً مجانيةً من كتابِهِ.

هذا، وإن دار النوادر تسأل الله أن يُؤتيَ هذا المشروعُ العلميُّ ثمرتَهُ، وأن يستمرَّ في عطائِهِ، إنه خير مسؤول، وأكرم مرجُوّ. والله الموفّق.

وكتبه

د. يوسف طالب
المشرف العام على المشروع
لدى دار النوادر

نور الدين طالب
المدير العام لدار النوادر